

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCUS VINICIUS KLOSTER

A SUPERAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO POR UMA COMPREENSÃO AMPLIADA
DO DIREITO: ENFOQUE LABORAL

CURITIBA

2012

MARCUS VINICIUS KLOSTER

A SUPERAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO POR UMA COMPREENSÃO AMPLIADA
DO DIREITO: ENFOQUE LABORAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Aldacy Rachid Coutinho

CURITIBA


2012

TERMO DE APROVAÇÃO

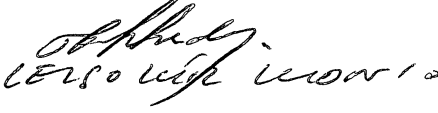
MARCUS VINICIUS KLOSTER

A SUPERAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO POR UMA COMPREENSÃO AMPLIADA DO DIREITO: ENFOQUE LABORAL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós – Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientadora: Profa. Dra. Aldaey Rachid Coutinho
Universidade Federal do Paraná – UFPR


Prof. Dr. ROLANDO HASSAN


Prof. Dr. CARLOS WLADIMIR

Curitiba, de de 2012.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCUS VINICIUS KLOSTER

A SUPERAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO POR UMA COMPREENSÃO AMPLIADA DO DIREITO: ENFOQUE LABORAL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós –Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. ALDACY RACHID COUTINHO

Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. ROLAND HASSON

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

Prof. Dr. CELSO LUIZ LUDWIG

Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 14 de março de 2012.

O presente trabalho é dedicado a todos aqueles que vislumbram, para além de um Direito feito de tinta e papel, um Direito principiológico, fundado na existência do ser humano como parte de um todo. Dedicado àqueles que abandonaram os misticismos transcendentais da metafísica e, ao mesmo tempo, abandonam o misticismo teórico da infalibilidade do Estado. Dedicado aos pensadores que, prezando sempre pelo desenvolvimento da humanidade como um todo, orgulham-se de ao menos tentar construir uma realidade melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Aldacy Rachid Coutinho por toda a orientação, apoio dado durante todo o período do mestrado e, principalmente, por todo o conhecimento compartilhado durante esses dois anos de esforços conjuntos.

Aos Professores Dr. Roland Hasson e Dr. Celso Luiz Ludwig por aceitarem o convite para participação na banca.

À Helena Hiemisch Lobo Borba por todo o amor e apoio dedicados durante todos esses anos. Por todo o incentivo, sem o qual eu não teria forças para completar esta nova etapa da vida. Por toda a força, sem a qual eu não teria o ímpeto para me levantar nos momentos difíceis. Por não ter deixado de acreditar no meu potencial por sequer um segundo. Enfim, por toda a compreensão em relação aos maus momentos que superamos juntos.

Aos grandes amigos Luis Boaventura Goulart Jr., Carlos Tiago da Silva e Willian Carneiro Bianeck, por todo o incentivo e apoio desde o momento da inscrição para o processo seletivo até a conclusão desta dissertação e, certamente, doravante. Outrossim, por todo o conhecimento filosófico compartilhado em infindáveis discussões.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pela concessão da bolsa, sem a qual a pesquisa em todo esse trajeto acadêmico ficaria inviabilizada.

Aos professores e amigos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em especial do grupo de pesquisa “Regulação Econômica e Atuação Empresarial”, que sempre me acolheram e incentivaram mesmo após a mudança de instituição.

Por fim, aos meus pais e minha irmã, por toda a compreensão e companheirismo nesses anos.

“O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o Direito e na outra a espada de que se serve para defendê-lo. A espada sem a balança é força bruta; a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a Justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança. O Direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas, ainda, de uma nação inteira”.

(Rudolf von Ihering)

RESUMO

O juspositivismo, como corrente dominante no pensamento jurídico brasileiro, manifesta-se na forma de método, teoria e ideologia. O principal fundamento do positivismo jurídico é o primado da pureza científica, que pretende depurar o Direito de todos os elementos considerados metajurídicos, como a política, a moral e a religião. Expressado como teoria do Direito, o juspositivismo define a norma jurídica a partir da coatividade e imperatividade, tendo o Estado como estrutura central legítima da produção do Direito e a Lei como sua expressão por excelência. Entretanto, de uma forma oculta nos predicados teóricos de neutralidade, o juspositivismo manifesta-se como ideologia, abrindo espaço para um normativismo formalista que condiciona a perpetuação do status quo social e a sujeição incondicional ao ordenamento, independentemente de seu conteúdo ser justo ou injusto. Assim, há uma relação de interdependência entre o capitalismo burguês e a racionalidade jurídica positivista. O próprio advento do Direito do Trabalho, como positivação da proteção legal do proletariado frente ao poderio econômico do empresariado, sustenta-se na ideologia juspositivista como forma de resfriar os conflitos entre classes, quebrando a energia revolucionária do trabalhador, e, ao mesmo tempo, conferindo uma tutela protetiva que não deixa de representar importante avanço no amparo social. A despeito do caráter dual do Direito Laboral, a principiologia e o direcionamento semântico do discurso protetivo informa não apenas normas de caráter formal, mas valores materiais que devem integrar toda a compreensão sobre o Direito. Destarte, a integração de conteúdo material ao Direito é essencial para que preceitos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre justa e solidária, sejam atendidos. Contudo, a superação do juspositivismo não pode ser invocada por qualquer conteúdo material, sob pena de vislumbrar uma nova concepção restritiva ou injusta do Direito. Os valores devem se pautar por uma perspectiva holística, considerando a realidade jurídica como um todo, de forma a reconectar o Direito a todas as esferas do conhecimento, como a política, a ética, a ecologia, a economia, etc.. Objetiva-se fomentar uma postura crítico-reflexiva sobre o Direito, informando uma compreensão ampliada. O método adotado será a análise do juspositivismo a partir de Hans Kelsen, sugerindo um olhar crítico a respeito da compreensão geral sobre o Direito, sempre sob o enfoque laboral. Por fim, a proposta de reaproximação da concepção de Direito às demais áreas do conhecimento será pautada pela sugestão de incorporação de conceitos da ecologia, como a visão holística e o primado da sustentabilidade socioeconômica.

Palavras-chave: Juspositivismo. Hans Kelsen. Direito do Trabalho. Teoria do Direito. Capitalismo.

ABSTRACT

The legal positivism, as a dominant school of thought in the Brazilian judiciary instance, is shown as a method, theory and ideology. The main support of the juridical positivism is the purity of science, which intends to expurgate the Law of all off-law elements, as politics, morality, and religion. Expressed as Law theory, the positivism defines the juridical principle from coercion and imperativeness, being the State the central and legitimate structure of the Law production, and laws as its expression. However, in a hidden way, the positivism shows itself as an ideology, giving room to a formalistic normativism that allows the social status maintenance and the unconditional subordination to the law, no matter the justice of the content. Therefore, there's an interdependence between capitalism and juridical positivist rationality. The very rising of the Labor Law, as a legal implementation of proletarian protection from bourgeoisie's economic power, is based on positivist ideology as a mean to minimize class struggle, reducing workers' fight rush at same time that grants protective state custody, which is also an important social support progress. Despite the dual function of Labor Law, principles and semantic directives deriving from protective policies contribute not just for formal standards, but also for moral values that should compose all whole understanding on the Law. Thus, integrating material content to the concept of Law is essential to grant fundamental precepts, such as building a free, just and solidary society. Although, getting over legal positivism should not be ruled by whichever ordinary worth, otherwise it could return to another restrictive or unjust conception of Law. The values should be guided by a holistic perspective, considering the juridical scenery as a whole, in order to reconnect the Law to all the other knowledge fields, as politics, ethics and economics. This research seeks encourage a critical and reflective view upon the Law, promoting an enlarged conception. The method includes a legal positivism analysis from Hans Kelsen's theory, suggesting a criticism over the Law ordinary review, always from a Labor Law point of view. At last, this research's proposition of approaching the concept of Law to every other knowledge fields will suggest an annexation of ecological concepts, such as the holistic perspective and the worth of socioeconomic sustainability.

Keywords: Legal Positivism. Hans Kelsen. Labor Law. Legal Theory. Capitalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 POSITIVISMO JURÍDICO	15
2.1 O POSITIVISMO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DE BOBBIO E KELSEN	17
2.2 POSITIVISMO JURÍDICO COMO CIÊNCIA DO DIREITO	19
2.3 POSITIVISMO COMO TEORIA DO DIREITO	23
2.4 A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO KELSEN	31
2.5 POSITIVISMO COMO IDEOLOGIA DO DIREITO	35
2.6 PROBLEMÁTICA DO JUSPOSITIVISMO	40
3 CONSTRUÇÃO DE UMA POSTURA CRÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO ...	48
3.1 O PAPEL DO DIREITO DO TRABALHO	49
3.2 DIREITO LABORAL EM UMA POSTURA CRÍTICA AO JUSPOSITIVISMO	60
3.3 IDEOLOGIA POSITIVISTA NAS BASES DO PENSAMENTO JURÍDICO	67
3.4 O DIREITO DO TRABALHO FRENTE À INCOMPLETUDE DO SISTEMA E O PENSAMENTO LEGALISTA	73
3.5 AS INCOMPLETUDES DO ORDENAMENTO E A PRINCIPIOLOGIA JUSLABORAL	79
4 DIREITO DO TRABALHO E UMA PERSPECTIVA DE SUSTENTABILIDADE....	88
4.1 O DIREITO DO TRABALHO FRENTE AOS VALORES INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO	89
4.2 FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO – UM PASSO CONTRÁRIO AO DESENVOLVIMENTO.	100
4.3 ELEMENTOS TEÓRICOS EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO	106
4.4 PERSPECTIVA ECOLÓGICA DE RESPONSABILIDADE – EM BUSCA DA SUSTENTABILIDADE SOCIOECONÔMICA	112
5 CONCLUSÕES	123
REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

O trabalho humano, fonte essencial da transformação da natureza em riqueza, aloca-se no centro da sociedade capitalista contemporânea. A regulação das relações laborais, como manifestação intervencionista do Estado, tem o potencial de gerar imensurável impacto em toda a sociedade e na economia, uma vez que o modo de acumulação capitalista encontra-se imbricado com o ordenamento positivo estatal. A própria origem do Direito do Trabalho coincide com a formação do Estado moderno e de uma racionalidade formalista em conjunto com o positivismo sociológico, que pregava a ordem e o progresso.

O positivismo jurídico, por sua vez, compreende uma relação de interdependência com o modo de acumulação capitalista e com o Estado soberano. Destaca-se que a concepção do juspositivismo pode se manifestar tanto como método jurídico, quanto como teoria do Direito e ideologia. O método juspositivista, fundado na “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen, traz como primado a depuração da ciência jurídica em relação a todas as influências externas ao Direito, como a política, a economia, a religião e a moral.

Tal preceito fundamental do pensamento juspositivismo coaduna-se com a construção de uma teoria própria do Direito, informando sua definição, funcionamento e alcance. Nesse sentido, tem-se a concepção do sistema jurídico como um conjunto de normas, de característica imperativa e coativa, tendo o Estado como fonte única e legítima da formação do Direito e promoção da ordem, e a Lei como manifestação primordial do Direito.

Nessa esteira, a teoria juspositivista propõe uma estrutura hermética e autônoma do Direito enquanto sistema de normas, atribuindo validade à lei como estrutura lógica independente de seu conteúdo. Para tanto, é necessário que haja uma compreensão do ordenamento em sua completude e coerência, sem considerar ou relevar a ocorrência de lacunas e contradições no corpo do ordenamento. Daí decorre não apenas uma teoria jurídica, mas uma verdadeira ideologia, como postura volitiva no olhar para o Direito.

A ideologia, por conseguinte, representa um direcionamento do pensamento jurídico para dentro das diretrizes positivistas, mesclando o método científico de análise das normas com a própria teoria e com a política jurídica. Sua principal manifestação diz respeito à desconsideração de qualquer conteúdo material em relação ao Direito, legitimando a total aceitação e sujeição do homem ao ordenamento positivo. Nesse sentido, considera-se que nenhuma outra forma de prescrição normativa, que não a lei estatal válida, possui relevância jurídica para a sociedade, de forma que a origem estatal do ordenamento positivo fundamenta a fusão entre justiça e validade, ou seja, a norma é justa porque é válida.

Dessa forma, o juspositivismo exerce grande influência em todo o pensamento jurídico, uma vez que não se limita mais ao método científico, mas se estende a toda a concepção de Direito e à forma de interagir com a realidade jurídica. A própria dogmática jurídica assume a ideologia juspositivista como forma de idealizar o Direito, de modo a enaltecer as estruturas formais como intangíveis, e o conteúdo político velado por trás das normas como irrelevantes ou inexistentes. Possibilita, assim, a perpetuação das formas de dominação¹ por parte da elite burguesa em conjunto com o Estado através da mistificação do Direito Positivo.

Verifica-se, nesse entremeio, que a ideologia positivista e as suas formulações teóricas servem de perfeito apoio ao modo de acumulação capitalista, em especial em suas origens, em que vigiam os princípios da autonomia da vontade e da força normativa dos contratos. Contudo, mesmo após imensa transformação na realidade jurídica e nos modos de produção, os primados de certeza e segurança jurídica não se encontram desgastados, sendo no pensamento normativista do juspositivismo que a dominação capitalista encontra sua legitimação, como um Direito capitalista do Trabalho.

A construção do Direito Laboral, como regulamentação positiva das relações sociais de trabalho acompanhou e corroborou a racionalidade juspositivista, transferindo para o Estado o poder de tutela através de um processo de caráter dual.

¹ Segundo o dicionário, dominar quer dizer: “1. ter grande ascendência sobre (uma pessoa ou grupo de pessoas), a ponto de influenciá-la(s); 2. exercer um poder imperialista sobre (povos, nações); governar, reinar; 3. ter controle sobre (algo) em função do conhecimento; [...] 5. exercer grande influência por seu papel preponderante em; [...] 7. sobressair de modo a ser mais notável que ou o mais notável entre; distinguir(-se), preponderar, prevalecer”. In INSTITUTO Antônio Houaiss. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

A concessão de direitos à classe trabalhadora, como inegável avanço na medida de reconhecimento da hipossuficiência e proteção do trabalhador frente ao poder do capital, representa, da mesma forma, uma máscara à tentativa de arrefecer a combatividade do proletariado através da concessão de “pequenas esmolas”. Por outro lado, representa importante passo na esfera de balizamento à exploração desmedida da classe operária pela classe burguesa.

Destarte, a ideologia escondida estrategicamente em predicados teóricos de neutralidade, revela-se como instrumental para a perpetuação da dominação capitalista, em uma racionalidade formalista que se desinteressa pelo conteúdo material do ordenamento normativo. Contudo, a noção de completude e coerência do sistema jurídico, encontra óbice na realidade fática, em que o desenvolvimento das relações sociais ocorre de forma muito mais veloz e complexa do que o Direito pode apreender.

Nesse sentido, verifica-se a ocorrência de incompletude em dois sentidos. Enquanto a dogmática jurídica presta maior atenção aos vazios legislativos em que o intérprete não encontra no ordenamento norma específica para solucionar determinada questão – o que será denominado de incompletude quantitativa – um grande problema parece exsurgir da ocorrência de uma insuficiência do direito em razão do seu conteúdo material – o que será denominado de incompletude qualitativa. Por essas razões, propõe-se a reaproximação do pensamento jurídico ao conteúdo material depurado pelo juspositivismo.

Destaca-se que o afastamento, promovido pelo positivismo desde Kelsen, do interesse jurídico pelo conteúdo material do Direito enquanto valor possibilitou não apenas o surgimento de normas injustas válidas, mas a ocorrência de normas que não atendem de maneira satisfatória aos próprios preceitos materiais. Por essa razão faz-se necessário um estudo sobre como o Direito deve integrar valores e conteúdo material em um pensamento desapegado do juspositivismo formalista.

Por certo, a simples transposição despreocupada da forma positiva pode acarretar diversos problemas axiológicos, como uma perspectiva de retorno ao jusnaturalismo. Contudo, não é o que se propõe no presente ensaio. Trata-se de sugerir uma compreensão ampliada do Direito com base em valores materiais, tendo como base uma criteriosa análise holística da realidade jurídica como um todo.

Nesse sentido, a principiologia do Direito o Trabalho, como direcionamento semântico informado pelo discurso de proteção ao trabalhador pode ter importante papel na transformação do pensamento jurídico.

Da mesma forma, a integração de conteúdo material, como os preceitos fundamentais insculpidos na Constituição da República, também é determinante para a concepção ampliada de um Direito fundamentado não apenas na norma formal, mas em valores. A título de exemplo, a Carta Política elege como fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, indicando como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, bem como enaltece a função social da propriedade e estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e os ditames da justiça social.

Dentro desse arcabouço político, verifica-se que a própria Constituição do Estado fundamenta a “ordem” em valores materiais, de modo que o ordenamento positivo não pode ser tomado como absoluto, exclusivamente por uma perspectiva de validade formal. Portanto, é necessário que seja fomentada uma compreensão diferenciada do Direito, não limitada ao Direito positivo, mas estendida aos seus valores intrínsecos. Justifica-se, portanto, a necessidade de um estudo que fomente a integração de conteúdo que possibilite que o Direito atinja seus objetivos materiais e atenda aos anseios sociais.

Nessa perspectiva, ao contrário do que propõe o juspositivismo ao tentar depurar o Direito das demais áreas do conhecimento, faz-se necessária a proposição de uma integração com todas as demais esferas, como a economia, a sociologia, a ecologia etc.. Conforme será visto, a título de exemplo, a ecologia tem muito a oferecer ao Direito enquanto perspectiva de sustentabilidade, desenvolvimento social, etc. Por essas razões, entende-se que a compreensão do Direito deve ser holística, partindo da realidade como um todo e inserindo o homem no contexto integral, possibilitando que as diretrizes pelas quais a incorporação de valores materiais ao Direito deve se pautar não levem a um novo jusnaturalismo ou a um novo sistema injusto.

Para que se possam vislumbrar as propostas supracitadas, o presente trabalho incorporará a forma de ensaio, não se apegando a teorias altamente especializadas ou métodos teóricos de análise crítica aprofundada. Assim, no primeiro capítulo será feita uma breve análise do positivismo jurídico, na perspectiva de Hans KELSEN e tomando como referencial metodológico o estudo de Norberto BOBBIO sobre o tema. Faz-se necessário, em primeiro lugar, uma compreensão de que se entende por positivismo jurídico e, por que motivos será proposta a sua superação.

A escolha metodológica pelo positivismo Kelseniano, em dias em que muito se discute o positivismo avançado de Hart e suas discussões com Dworkin e Alexy, justifica-se pelo fato de que na realidade jurídica brasileira presencia-se um dualismo entre um legalismo exacerbado por parte da dogmática jurídica e do pensamento jurídico em geral e, ao mesmo tempo, um decisionismo despreocupado por parte da cúpula do Judiciário, que parece agir de forma absolutamente desapegada de critérios objetivos. Tal decisionismo não será objeto do presente trabalho, uma vez que o grande cerne da questão da superação do juspositivismo guarda relação com uma dimensão muito mais ampla do pensamento jurídico, que paira desde a academia até o intenso fluxo doutrinário dogmático e, inclusive, na concepção da população leiga em geral.

Por conseguinte, no segundo capítulo será esboçada uma proposta de postura crítica ao juspositivismo, demonstrando sua relação com a característica dual do Direito do Trabalho que, ao mesmo tempo que concede pequenas parcelas de proteção ao trabalhador, perpetua a forma de acumulação capitalista que se fundamenta na exploração da classe operária pela elite burguesa, mascarando sua ideologia através de elementos teóricos de neutralidade.

Não cumpre, entretanto, ao presente trabalho fazer uma detalhada análise sobre o positivismo sociológico que, pelo discurso de ordem e progresso, fomentou a construção do Direito do Trabalho como se concebe atualmente. O foco do presente trabalho cinge-se ao positivismo jurídico como método, teoria e ideologia, que promovem o engessamento da crítica do Direito e amortecem o potencial transformador do Direito do Trabalho na sociedade. Tal escolha metodológica se justifica pelo fato de que a esmagadora maioria dogmática trabalha o Direito como

fato intangível e limita-se a compreender seu funcionamento interno, sem qualquer preocupação com os valores materiais que deveriam informar um pensamento crítico.

Também não se pretende elaborar verdadeira teoria crítica, através de um aprofundado diagnóstico da realidade jurídica, mas apenas fomentar uma postura crítica que possa vir a superar o pensamento juspositivista. Por essas razões, no último capítulo serão apresentadas sugestões teóricas de como o Direito deve integrar-se ao conteúdo material, buscando uma perspectiva de sustentabilidade socioeconômica. Para tanto, será proposto como os preceitos fundamentais cristalizados na Constituição podem e devem informar uma noção ampliada do Direito, ressaltando-se que tal incorporação não pode ser realizada irresponsavelmente com qualquer conteúdo. Pelo que propõe-se a utilização de alguns argumentos teóricos contrários ao juspositivismo, como em Dworkin, Alexy, ou na proposta neoconstitucionalista.

Contudo, mais uma vez, ressalva-se que não é objetivo do presente ensaio filiar-se a qualquer dessas teorias, ou analisá-las de forma aprofundada, mas apenas demonstrar como alguns argumentos podem ser utilizados a favor e uma possível proposta de superação do juspositivismo. Por fim, retomando a ideia de noção ampliada integrativa do Direito, será proposta uma aproximação com a ecologia, que muito tem avançado nos estudos sobre sustentabilidade e responsabilidade socioambiental, de forma a fomentar uma abordagem holística do Direito, sem que, entretanto, seja sugerida uma solução pronta e inflexível para a problemática apresentada. Em resumo, a proposta da presente dissertação é fomentar a reflexão.

2 POSITIVISMO JURÍDICO

“São os homens e não as leis que precisam mudar. Quando os homens forem bons, melhores serão as leis. Quando os homens forem sábios, as leis, por desnecessárias deixarão de existir. Mas isto, será possível somente quando as leis estiverem escritas e atuantes no coração de cada um de nós”.

(Hermógenes)

A ciência jurídica e a jusfilosofia, como importantes instrumentos do pensamento jurídico em geral, são enquadradas em um contexto histórico, ainda arraigadas à racionalidade clássica da qual descendem. O Direito do Trabalho, como recorte epistemológico, é o responsável pela regulação e harmonização das relações sociais de trabalho, num contexto capitalista, sendo desenvolvido e regido por princípios de ordem social e diferenciando-se dos demais campos do conhecimento jurídico em razão de suas raízes históricas².

No Brasil, a Carta Constitucional de 1988 traça as diretrizes principiológicas de todo o ordenamento jurídico, traçando os fundamentos e objetivos da República e identificando expressamente em seu art. 170 que os fundamentos e de toda a Ordem Econômica, citando-se como exemplo o ideal de construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, bem como fundamentar a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Nesse contexto, importante destacar a necessidade de harmonização do trabalho – resguardado por direitos sociais fundamentais – e a livre iniciativa – precedida de interesses econômicos seculares³ e uma racionalidade de mercado fortemente acentuada nas últimas décadas.

Diante deste aparente paradoxo, muitas correntes doutrinárias optaram pela crítica à rigidez e ao alcance das normas trabalhistas. Vários são os argumentos de

² COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1983. p. 59.

³ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Transformação da economia e a valorização do trabalho humano: aspectos da necessária observância do Direito Internacional à luz da Constituição Federal. In: MENEZES, Wagner. **Estudos de Direito Internacional**: Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2008, Curitiba: Juruá.

que as “inflexíveis” normas de proteção ao trabalhador engessam a atividade e reduzem a liberdade privada de geração de lucros e acumulação de capital. Essa foi a linha de pensamento que levou parte da doutrina a entender pela necessidade de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho⁴.

Por outro lado, o desenvolvimento da dogmática juslaboral vem acompanhado de uma racionalidade jurídica baseada no positivismo jurídico, que define não apenas um método de análise, mas toda uma teoria do Direito, ambos permeados por uma ideologia juspositivista que prima pela consideração do Direito positivo de origem primordialmente como único foco de interesse para os juristas. Tal postura, aliada à concepção formalista de que o conteúdo das normas é irrelevante para o Direito, legitimou ao longo de anos a deificação do ordenamento positivo como tal, restando e desencorajando qualquer pensamento crítico a respeito da verdadeira face do Direito Laboral, e permitindo a perpetuação da dominação capitalista.

Entretanto, antes de adentrar à questão do papel do Direito do Trabalho no desenvolvimento da sociedade, faz-se necessário esboçar as principais características do pensamento jurídico dominante ao longo dos anos e seus reflexos no panorama hodierno. Sem sombra de dúvidas, o juspositivismo tem prevalecido como ideologia e teoria em todos os âmbitos do pensamento jurídico. No Brasil, a grande influência do positivismo Comtiano⁵ e do juspositivismo Kelseniano exerce importante papel na racionalidade jurídica em geral, refletindo em toda a cultura jurídica e, inclusive, na vida cotidiana hodierna. Roberto FREITAS FILHO reconhece que:

“O paradigma vigente é uma construção teórica forjada e consolidada no decorrer da modernização sócio-econômica do país, entre os anos de 60 e 80 -, e é vinculado ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana. Este paradigma considera o Estado como fonte central de todo o Direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de ‘completude’ despreza, como já dito, no designativo de ‘metajurídicas’, todas as indagações de natureza social, política e econômica”⁶.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 87.

⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

⁶ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 40-41.

Portanto, é de demasiada importância assinalar os principais conceitos e características do positivismo jurídico, de forma a esclarecer, em primeiro lugar, o que se entende por juspositivismo para os fins da presente dissertação. Vale ressaltar que não é objetivo do presente trabalho a elaboração de um tratado sobre todo o positivismo jurídico desde Hans KELSEN, mas apenas traçar um esboço sobre suas principais características para que se possa compreender os motivos da adoção de uma postura crítica.

Advirta-se, ainda, que o marco referencial adotado será o juspositivismo Kelseniano, não se pretendendo chegar ao positivismo avançado de HART e suas discussões contemporâneas, em especial com DWORKIN, sobre um novo positivismo inclusivo⁷ de textura aberta. Em que pese o tema seja de grande importância para o pensamento jurídico contemporâneo, entende-se que o juspositivismo Kelseniano, na sua perspectiva formalista moderna, ainda não foi superado no pensamento jurídico brasileiro, gerando efeitos paracrônicos que se estendem até hoje, de forma que grande parte da racionalidade jurídica ainda se pauta por conceitos básicos como a “teoria da obediência absoluta à lei como tal” e “teoria da completude do sistema jurídico”. Pelo que, será proposta a sua superação.

2.1 O POSITIVISMO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DE BOBBIO E KELSEN

Muito se discute acerca da atualidade e necessidade de elastecimento dos debates que circundam a teoria positivista Kelseniana no sistema jurídico brasileiro. Como um tema que causa aversão por parte de muitos doutrinadores, a discussão sobre o positivismo jurídico ou o “não-positivismo”⁸ é frequentemente tratada como

⁷ Sobre o tema, ver DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 41-42.

⁸ Destaca-se aqui a expressão “não-positivismo” entre aspas pelo fato de que grande parte dos debatedores do assunto costumam apontar o jusnaturalismo como o único oposto natural do positivismo. Entretanto, como se verá no decorrer do presente trabalho não é esta a única resposta contrária ao juspositivismo.

superada e ultrapassada⁹. Contudo, para que se possa traçar um esboço de crítica à corrente positivista, é importante destacar a sua relevância no contexto dogmático-jurídico moderno.

Roberto FREITAS FILHO descreve que a cultura jurídica brasileira – assim considerado o conjunto de concepções, valores, procedimentos e condicionantes que informam o pensamento e a atuação do operador do Direito e do cidadão comum¹⁰ – deriva não apenas da prática jurisprudencial, mas decorre desde a formação acadêmica, momento em que toda a matriz ideológica do sujeito está sendo consolidada. O autor esclarece que no pensamento jurídico predominante na contemporaneidade:

“As características básicas são a predominância do estudo do Direito Positivo, e em especial o Direito Estatal. A legalidade e a validade como conceitos privilegiados, o trato das disciplinas de forma estanque, a não interdisciplinariedade e a desconsideração da política na influência da criação da norma. Tais características fazem do ator jurídico um aplicador não questionador do Direito e das normas”¹¹.

Luiz Fernando COELHO descreve o perfil do Direito Positivo, mencionando que o positivismo cristalizou-se como Direito Comum, “primeiramente repelindo a ideia de uma ordem normativa de caráter metafísico – só o positivo é real – para então excluir como não jurídicas as regras sociais de conduta que não se revistam dos caracteres formais do direito oficialmente considerado”¹².

A primeira característica que se faz importante destacar na teoria Kelseniana é a sua origem normativo-racional e o seu objetivo de criar uma ciência do Direito desvinculada de qualquer valoração material ou volitiva do que se entende por Direito. Nesse sentido, a ciência jurídica deve se preocupar exclusivamente com as normas em si, e não com o seu conteúdo. Quanto ao tema, esclarece Amélia ROSSI:

⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris / JM livraria, 2011. p. 81.

¹⁰ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 23-25.

¹¹ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 27.

¹² COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 196.

“a ciência do direito é o conhecimento de um sistema de normas jurídicas que se constitui excluindo tudo que é estranho ao próprio Direito. Uma ciência do direito necessita que seu objeto seja fixado sem qualquer interferência estranha ao Direito Positivo. O direito é um sistema de normas coercitivas, supra-infraordenado, válido em um Estado concreto e determinado”¹³.

Portanto, dentro dessa linha mestra do pensamento Kelseniano, existe um afastamento ideal entre ciência jurídica e conteúdo do Direito, de forma que os critérios de avaliação da norma serão estritamente formais, como veremos adiante.

Destarte, torna-se importante destacar que o juspositivismo não se manifesta exclusivamente como método científico de observação do próprio Direito. Suas dimensões são mais profundas e geram efeitos de diversas formas nos vários campos do conhecimento. Portanto, para que se possa analisar tais efeitos, faz-se necessário destacar quais as dimensões fundamentais do positivismo jurídico, manifestado como ideologia, teoria e método. Para tanto, será adotada a classificação de BOBBIO¹⁴.

2.2 POSITIVISMO JURÍDICO COMO CIÊNCIA DO DIREITO

A primeira face do positivismo jurídico Kelseniano condiz com o objetivo central da Teoria Pura e representa uma quebra dos paradigmas da época em que foi concebido¹⁵. Trata-se da teoria da pureza metodológica, segundo a qual deve existir uma ciência do Direito tão imparcial e metodologicamente precisa quanto todas as demais ciências naturais. Logo nas primeiras linhas da Teoria Pura do Direito, KELSEN afirma que o conhecimento jurídico vinha se misturando com preceitos da economia, sociologia, política, ética, etc. e que havia uma necessidade

¹³ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

¹⁵ GONÇALVES, Jair. **Herança Jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001. P. 39

de realizar uma depuração científica do método, para que este fosse exclusiva e puramente jurídico¹⁶.

Luis Alberto WARAT ironicamente lembra que o panorama jusfilosófico em que foi concebida a teoria positivista de Kelsen era um território dominado pelos jusnaturalistas, que enxergavam um sentido metafísico no conteúdo das normas¹⁷. Um contexto em que os aplicadores do Direito sentiam-se neutros e desvinculados de inclinações subjetivas, mas que, na verdade, manejavam as normas sem qualquer critério objetivo uniforme.

O advento do positivismo sociológico teve intenso impacto em quase todas as esferas do conhecimento humano, com bastante força no Brasil¹⁸, havendo inúmeros adeptos da ideia de uma ciência precisa e transparente, desvincilhada de inclinações e crenças particulares. A superação de um suposto “ocultismo” que justificava o mundo através de preceitos que superam a mente do homem, substituída por uma racionalidade clara e plenamente verificável. Jair GONÇALVES descreve o panorama do crescimento do pensamento positivista:

“Tinham substituído a Religião do finalismo, da metafísica, do idealismo, da ideologia, como diziam, pela Religião do Progresso. Substituiu-se o fundamento das obrigações a partir de um princípio de fora do Homem por uma Norma Hipotética, originada da razão humana, de uma hipótese não comprovada, de ‘boa vontade’ de que todos quisessem obedecer a uma lei ‘a priori’”¹⁹

Herdeiro do Círculo de Viena e neokantiano²⁰, KELSEN fundamentou sua teoria no positivismo metodológico Comtiano, que tinha como princípio a quebra das influências metafísicas e teológicas do pensamento científico²¹. Entende-se que pela teoria positivista, existe uma necessidade de separação entre o sujeito conhecedor e

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

¹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Os quadrinhos puros do Direito**. Buenos Aires: ALMED.

¹⁸ LINS, Ivan Monteiro de Barros. **História do positivismo no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 525-526.

¹⁹ GONÇALVES, Jair. **Herança Jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001. p. 19.

²⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 458.

²¹ COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo: ordem e progresso**. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p.59-60.

o objeto a ser conhecido, de forma que o observador científico apenas analisa fatos, com critérios objetivos, sem prestar qualquer juízo de valor²².

Sob essa perspectiva, o método de análise deve primeiramente partir do princípio de que o Direito tem que ser visto como um fato social, como um aspecto da vida natural, e não como um credo ou valor. Dessa forma, os próprios critérios de avaliação devem ser puros e científicos, sem qualquer influência de ordem subjetiva. Entende-se, portanto, que apenas os juízos de validade são importantes para a análise científica do Direito, e não os juízos materiais de valor.

Amélia ROSSI esclarece que nessa perspectiva, “o que define e conceitua o direito não é o conteúdo daquilo que manda, proíbe ou permite, mas a forma de fazê-lo”²³. É dessa postura que deriva o alicerce central da separação entre Direito e Moral, uma vez que a moral, segundo KELSEN, não é uniforme:

“do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade – e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra”²⁴

Por essas razões, entende-se que o positivismo jurídico contempla uma ciência pura do Direito, enquanto método neutro e imparcial, separando as inclinações subjetivas atinentes ao observador do objeto analisado. Implica, portanto, afirmar que a justiça do Direito materializado nas normas, é desinteressante para o pensamento positivista, uma vez que sua análise requer juízos baseados em valores e a busca por uma noção de justiça para todos é impossível. Nesse sentido, Jair GONÇALVES explica:

“Admitindo embora a possibilidade da justiça, afirmou a impossibilidade de uma ‘ordem justa’, portanto de uma felicidade para todos. Esta depende da satisfação de necessidades que a ordem jurídica não pode dar. A própria

²² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135.

²³ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 23.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 72.

natureza é desigual na distribuição de seus dons. A felicidade possível em uma ordem social é apenas o objetivo coletivo reconhecido como tal pela autoridade. Mas a satisfação dessa felicidade objetivo-coletiva não preenche o desejo de felicidade individual que é diferente para cada um²⁵.

Para que o método seja verdadeiramente científico, outrossim, o observador ou aplicador do Direito deve abster-se de valorar o objeto sobre o qual versa a norma, mas apenas averiguar se existe uma validade formal que autorize aplicação desta. O primado da pureza metodológica, por sua vez, influi na própria conceituação de Direito, como lembra Robert ALEXY ao afirmar que “todas as teorias positivistas defendem a tese da separação”, esclarecendo que “a tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser”²⁶.

No mesmo sentido ensina António CASTANHEIRA NEVES:

“o pensamento jurídico dirigir-se-ia teoricamente ao direito considerado como objecto – isto porque, e segundo as fórmulas conhecidas, ao pensamento jurídico competeria conhecer o direito que é (de jure condito ou de lege lata) e não o direito que deve ser (de jure condendo ou de lege ferenda). Com o que simultaneamente também se postulava quer a separação do direito perante a moral, quer a distinção entre o jurídico e o político”²⁷.

A imediata consequência que se extrai dessa separação ideal entre juízo de conteúdo da norma e juízo de validade é o fato de que “um sistema, para ser considerado jurídico, não precisa necessariamente guardar vínculos com padrões de moral ou justiça”²⁸. Implica, ainda, que, não se podendo considerar uma moral uniforme ou absoluta, o conteúdo da norma pode ser contrário a qualquer preceito moral em uma sociedade, sem perder o caráter de norma jurídica válida.

BOBBIO esclarece que no positivismo jurídico “é habitual distinguir e separar nitidamente o conceito de validade daquele de valor (pode, de fato, haver um direito

²⁵ GONÇALVES, Jair. **Herança Jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001. p. 104.

²⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.3.

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1993. p. 27.

²⁸ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p.23.

válido que é injusto e um direito justo – por exemplo, o direito natural – que é inválido)”²⁹

Mais adiante será traçado um esboço sobre o que representa para o pensamento jurídico em geral essa premissa de separação entre validade formal da norma e conteúdo material. Por ora, insta esclarecer que o positivismo jurídico como método é alicerce para todo um segmento de pensamento que acompanha a comunidade jurídica em todos os níveis de estudo e aplicação do Direito, formulando-se verdadeira teoria jusfilosófica.

2.3 POSITIVISMO COMO TEORIA DO DIREITO

Seguindo a classificação de BOBBIO, o positivismo pode assumir a forma de uma teoria do Direito, trazendo o Autor um conjunto de seis concepções fundamentais³⁰, a saber: a) teoria coativa do direito; b) teoria legislativa do direito; c) teoria imperativa do direito; d) teoria da coerência do ordenamento jurídico; e) teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

a) Teoria coativa do Direito

A concepção de Direito como ordem coativa passa por uma evolução histórica, chegando a Kelsen como uma concepção moderna que define a norma jurídica como sendo aquela que apresenta uma sanção para a conduta contrária à sua prescrição. Nesse sentido, a sanção não se considera “apenas um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma”³¹.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 137.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 156.

Destarte, a principal distinção que se verifica entre o pensamento clássico – anterior a Kelsen – sobre a coação, que versava que a norma jurídica é a que se utiliza de uma coação como instrumento de efetividade, e o moderno – kelseniano – é a perspectiva segundo a qual a sanção faz parte da própria norma, de forma que o ordenamento jurídico em si é “um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade”³². Em outras palavras, a própria natureza do Direito estaria relacionada à regulamentação de sanções para determinadas condutas e não na regulação de uma conduta em si com a ajuda de uma sanção.

Por conseguinte, o primado da teoria da coação no positivismo jurídico, enquanto teoria do direito, preleciona que o qualitativo que transforma um predicado qualquer em uma norma verdadeiramente jurídica é a sanção regulamentada para a conduta contrária à ordem. Em outras palavras, “o juspositivismo define o direito em função da coação”³³. Não apenas como acessório, mas como o próprio objeto da norma, ao disciplinar quando, como, em que medida e quem tem autorização para utilizar a força. BOBBIO cita, dentre vários exemplos, uma norma que determina a punição para uma desobediência, que, na verdade, deve ser formulada como uma ordem: “deve-se punir se houver desobediência”³⁴.

Nesse sentido, a primeira limitação do pensamento positivista kelseniano encontra-se na definição do Direito através da coação, considerando que preceitos fundamentais sem a vinculação de sanções – como as políticas e os princípios descritos por DWORKIN – não teriam relevância jurídica.

b) Teoria legislativa do Direito

A teoria legislativa é outro importante alicerce do pensamento juspositivista, na medida em que define o Estado como fonte monopolista da produção de normas, e as normas estatais como fonte única do Direito. Dessa perspectiva deriva o normativismo e o legalismo descendentes do juspositivismo.

³² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 157.

³³ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 23.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 159.

Conforme analisado supra, não é sobre o conteúdo da norma que se assenta o foco de atenção do cientista jurídico, mas nos seus pressupostos de validade. Assim, a teoria juspositivista indica como critério primordial para a validade de uma lei com o qualificativo *jurídica* a origem da norma, ou seja, só é juridicamente válida se foi formulada pelo Estado³⁵, excluindo-se do âmbito da relevância jurídica as normas não estatais.

Nessa perspectiva, tendo em vista que o juspositivismo só considera como sendo Direito aquilo que deriva de normas estatais, tem-se a ideia de que nenhum outro procedimento, que não o legislativo estatal, tem legitimidade para produzir normas consideradas jurídicas. O que não impede, entretanto, que existam outras formas de normas, consideradas juridicamente irrelevantes, no âmbito da sociedade em geral.

Não se exclui, outrossim, a possibilidade de que o Estado delegue competências para a formulação de normas juridicamente válidas. Insta esclarecer que uma norma que determine ou autorize a edição de outras normas por sujeitos não inseridos no aparelho estatal, desde que fundamentada em uma norma hipotética fundamental e dentro dos critérios formais de validade, pode atribuir validade e relevância jurídica a essas normas descendentes³⁶.

Contudo, não se resolve a aporia decorrente do fato de que o Estado e a norma hipotética fundamental teriam de prever e visualizar todas as hipóteses do universo da realidade que necessitassem de legislação estatal ou delegada. Nesse sentido, conforme veremos mais adiante, o juspositivismo encontra difícil barreira no tratamento dos costumes como fonte de Direito, uma vez que só serão admitidos como tal aqueles que estiverem de acordo com a Lei ou que forem materializados em norma posta. De qualquer forma, só se considera Direito o que for norma posta à luz do Estado.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 161.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 165.

c) Teoria imperativa do Direito

Por conseguinte, a teoria imperativa do Direito está relacionada à ideia que as normas jurídicas, que possuem origem exclusivamente estatal, são traduzidas em comandos ou ordens. Contrapõe-se a noção de comando imperativo à ideia de conselho ou sugestão³⁷.

O comando tem força de império, autorizando o Estado a utilizar da força para a sua execução, ao mesmo tempo em que o uso da força é o que qualifica um predicado em um comando. O conselho, por sua vez, não teria poder autoexecutório, uma vez que não compreende um predicado cogente ligado a uma sanção para a conduta adversa. Assim, cabe a cada sujeito optar se quer obedecer o conselho ou não.

Nesse sentido, só é Direito a norma que estabelece um comando, não abrindo a possibilidade para o sujeito a que se aplica de escolher livremente se quer agir conforme a prescrição ou não. Quanto a esse ponto, o pensamento positivista encontrou grande dificuldade ao lidar com normas supostamente jurídicas que não estabelecem uma ordem cogente, mas uma permissão.

A resposta positivista, segundo BOBBIO assenta-se na ideia de que normas permissivas estariam contrapostas a imperativos que versam em sentido contrário, impondo limites a estes. Esclarece:

“temos aí dois tipos de imperativos, os *positivos* (que estabelecem um *comando*) e os *negativos* (que estabelecem uma *proibição*), teremos também duas categorias de normas permissivas em sentido estrito, as *positivas* e as *negativas*. Para negar um imperativo positivo (por exemplo, o dever de pagar os impostos) é necessária uma proposição permissiva negativa (é permitido não pagar os impostos); para negar um imperativo negativo (por exemplo, não se deve matar, ou melhor, deve-se não matar) é necessária uma proposição permissiva positiva (é-lhe permitido matar)”³⁸.

Contudo, daí decorrem diversas teorias complexas tentando elencar as formas e categorias de imperativos, na esperança de abarcar todas as possibilidades de normas. Tércio Sampaio FERRAZ JR. elabora uma classificação

³⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 182.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 187.

normativa simplificando as hipóteses em: a) normas de obrigação/proibição, as quais determinam certa condutas; b) normas permissivas de exceção às normas gerais de proibição ou obrigação, as quais ressalvam condutas específicas dentro de normas gerais em sentido contrário; c) normas permissivas independentes, que possibilitam a faculdade de agir de acordo com a prescrição; d) ausência de norma, representando um vácuo decisório no âmbito da relevância jurídica³⁹.

Entretanto, toda classificação acaba por ser meramente exemplificativa, uma vez que sempre existem diversas possibilidades de texto normativo que tenham por objetivo constituir o Direito, mas que não se enquadrem nas estruturas imperativas descritas pela teoria positivista da norma – como, por exemplo, os princípios constitucionais fundamentais. Assim, sempre que o rol de categorias taxativas elaboradas pelo positivismo encontrar uma norma que não se enquadre em qualquer das hipóteses, será necessário uma reformulação da teoria e a criação de novas categorias, saciando assim o desejo de completude.

Em resumo, BOBBIO define a teoria imperativista de KELSEN como um “imperativismo crítico”, traduzindo-se em dois aspectos: “a) a norma jurídica é um imperativo hipotético; b) a norma jurídica é um imperativo que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes”⁴⁰. Porém, o grande problema dessa segunda conclusão, como veremos adiante, é a ideia de que o Ordenamento Jurídico não possuiria poder para harmonizar a sociedade em nível preventivo, mas apenas solucionar problemas decorrentes da não observância de preceitos jurídicos – indubitavelmente impregnados de uma carga de valores – pelos cidadãos, cabendo apenas ao Judiciário remediar o que já foi violado.

Em outras palavras, a teoria imperativa do Direito também assume a forma reducionista de considerar o Direito como um regulador de condutas humanas específicas através de hipóteses gerais voltadas para a atuação do judiciário na ocorrência de conflitos, sem que se considere um pano de fundo ideológico que tenha por escopo harmonizar a sociedade em sentido geral – como pretendem os princípios fundamentais da constituição – em nível preventivo.

³⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 195.

d) Teoria da coerência

Além das três dimensões centrais do juspositivismo como teoria do Direito, existem outros três aspectos que dizem respeito ao conteúdo da teoria positivista do Direito. Em primeiro lugar, a chamada teoria da coerência do ordenamento jurídico, que diz respeito à ideia de que o conjunto de normas estatais que compõem o ordenamento jurídico forma uma unidade coesa e retroalimentada, de modo que o Direito é a própria justificativa da normatividade do Direito.

Primeiramente, a ideia de que as normas que compõem o sistema jurídico são coerentes e isentas de contradições denota, de plano, uma fragilidade pragmática do conceito juspositivista, uma vez que apenas em um plano ideal pode-se presumir que o sistema legislativo esteja imune a falhas metodológicas e materiais. Porém, os pensadores juspositivista encontram na norma hipotética fundamental a solução para a unidade coerente do Direito.

Recorrer a uma norma hipotética fundamental significa fundamentar a validade de uma determinada norma em uma outra que não foi posta pelo Estado, mas é pressuposto hipotético para qualquer operador do Direito⁴¹. De qualquer forma, a norma hipotética que fundamenta as demais normas não está sujeita à validação prática ou teórica como as demais normas, de forma que a sua eficácia enquanto critério de validação para as demais normas é um paradoxo teórico.

Da mesma forma, a ideia de que o ordenamento é o justificador do próprio ordenamento ressalta o afastamento entre o Direito enquanto valor e enquanto norma vazia. Destarte, fica reforçada a possibilidade de uma norma de conteúdo contrário a qualquer valor ser convalidada por suas próprias razões formais, enquanto o preceito material é ignorado pelo cientista jurídico. BOBBIO cita um exemplo:

“Suponhamos que o pai ordene ao filho: ‘Hoje à tarde permaneça em casa para estudar’ e que o filho pergunte: ‘Por que devo estudar?’. Se o pai responder apelando para um bem (bem-estar, felicidade, liberdade ...) que o estudo serve para obter, estará dando uma resposta do tipo moralista ou jusnaturalista, visto que procura deduzir o conteúdo de seu comando de um sistema de normas morais; se, ao contrário, responde: ‘Deve estudar porque eu estou mandando’, estará dando uma resposta de tipo

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 201.

juspositivista, visto que reconduz a norma ao sujeito que na família é a autoridade, a fonte que põe as normas”⁴².

Por essa razão, verifica-se que o pensamento juspositivista tende a manter e proteger o afastamento entre as normas e qualquer critério de validação, legitimação ou justificação material. Vale adiantar que não se pretende, doravante, defender ou enaltecer o jusnaturalismo, mas apenas apontar as falhas do juspositivismo, enquanto pensamento predominante, conforme se verá mais adiante.

e) Teoria da completude do ordenamento jurídico.

A completude⁴³ do sistema jurídico é outro aspecto que será tratado com maior atenção nos capítulos seguintes. Por ora, insta aclarar que trata-se de uma dimensão segundo a qual o ordenamento jurídico positivo teria a característica de abranger toda a realidade que possa adquirir relevância jurídica, sem deixar espaços, contradições ou lacunas em seu corpo de normas.

O princípio da certeza do Direito relaciona-se diretamente com a ideia de completude, na medida em que reza que o Direito é um sistema claro, predisposto e uniforme de regras e comandos que não abrem possibilidade para exclusão de qualquer hipótese trazida ao aplicador da norma. Em outras palavras, todo e qualquer problema que seja colocado à apreciação de um magistrado será resolvido de acordo com o Direito, o qual já teria predisposta uma norma certa aplicável ao caso. Assim, sempre que houvesse um conflito que necessitasse da aplicação do Direito por um jurista, não haveriam dúvidas ou surpresas.

Entretanto, mais uma vez os anseios positivistas esbarram na realidade fática. Por certo não há ordenamento jurídico completo e coeso, isento de lacunas ou contradições, como diagnostica DWORKIN: “o soberano não pode, por certo antecipar todas as contingências através de um sistema de ordens”⁴⁴. Não obstante, a “teoria do espaço jurídico vazio” tenta justificar a chamada ausência de normas, conforme explica BOBBIO, através da noção de que se uma controvérsia não está

⁴² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 200.

⁴³ Ou “completitude”.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 29.

abrangida por norma jurídica posta, não há sequer relevância jurídica, pelo que não há que se falar em lacuna⁴⁵.

Da mesma forma, a “teoria da norma geral exclusiva” tenta justificar o pensamento juspositivista afirmando que não existe lacuna no Direito ou fato juridicamente irrelevante, uma vez que cada norma, ao prescrever determinado preceito, regula tacitamente as demais condutas com uma postura jurídica contrária. Assim, por exemplo, se uma norma proíbe determinada conduta, todas as demais condutas são permitidas, cabendo a outras normas específicas limitar os efeitos tácitos da primeira regulamentação⁴⁶.

Ambas as teorias parecem contraditórias e insuficientes, uma vez que a primeira retira do Direito a responsabilidade pelos fatos da realidade não normalizados, enquanto a segunda atribui eficácia jurídica dupla a todas as normas existentes. Contudo, nenhuma delas resolve os problemas advindos da realidade e convivência humana que podem surgir a qualquer momento. Por exemplo, num ordenamento onde a única norma existente seja: “é proibido comprar armas”, pela primeira teoria, vender armas seria um fato juridicamente irrelevante, enquanto para a segunda, seria um ato lícito, ainda que implique que só se vende algo quando outra pessoa o compra.

Por certo, algumas teorias positivistas contemporâneas, como a de Herbert HART, encontram novas formas de integrar o conceito de sistema jurídico de normas fechadas com outras possibilidades de soluções jurídicas, como as chamadas normas de reconhecimento⁴⁷, gerando uma característica mais aberta do ordenamento. Contudo, como já foi explanado supra, não se pretende aqui discutir as teorias mais avançadas do positivismo, mas apenas tomar como marco referencial o pensamento clássico Kelseniano.

f) Teoria da interpretação lógica ou mecanicista do Direito.

Por fim, a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do Direito traz a noção de que o intérprete do Direito tem a função fundamental de aplicar as normas

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 208.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 209.

⁴⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122.

já predispostas à realidade em uma espécie de raciocínio matemático. Assim, o Direito já estaria pronto, esperando para ser aplicado às questões da realidade.

BOBBIO entende que a corrente juspositivista é clara ao definir a atividade judicial como mera reprodução das normas, sem que se possa vislumbrar um ato de criação⁴⁸. Nesse sentido, o conjunto de normas que compõem o sistema jurídico deve ser plenamente adequado a qualquer situação que possa surgir, de forma que, no momento em que se necessita da aplicação do Direito, basta aplicar um raciocínio de verificação para encontrar qual norma se deve aplicar ao problema. Destarte, estando o Direito previamente disposto, a ação jurisprudencial seria meramente declaratória, uma vez que “o positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a *criação*, mas a interpretação”⁴⁹.

2.4 A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO KELSEN

Segundo KELSEN, a interpretação realiza-se pela definição de sentido de uma norma, na progressão de uma norma maior para uma menor. Tal procedimento pode ser realizado por um órgão judiciário, no momento da prolação de uma sentença, por exemplo, em que se interpretará a lei ou a Constituição; por um órgão legislativo, no momento da produção de uma nova norma, em que se interpretará a Constituição ou a norma imediatamente superior; ou ainda, pode haver interpretação pelo próprio indivíduo que deve observar o Direito, no cumprimento cotidiano das normas positivas; por fim, a ciência jurídica interpreta as normas positivas ao realizar sua análise científica⁵⁰.

Vislumbra-se, entretanto, que mesmo na obra que representa o marco exponencial do positivismo jurídico, KELSEN admite que a ciência jurídica não se confunde com a realidade material do Direito, concluindo ao final que a

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 212.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 212.

⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 387-389.

interpretação, fora da ciência positiva, será ato de vontade⁵¹. Entende que a norma do escalão superior deve determinar o sentido e orientação do ato de execução ou realização de uma norma inferior, porém, tal determinação não é completa e absoluta, pois deve deixar uma margem de livre apreciação para o seu intérprete. Nesse sentido, a norma superior não pode vincular a interpretação em todas as suas direções, mas apenas servir como um parâmetro. Assim, existe uma relativa indeterminação deste ato de interpretação do Direito. Em outras palavras, a interpretação não é ato certo e determinado, visto que pode gerar mais de um resultado sem implicar em invalidade do método, ou seja, o processo de interpretação pode indicar várias soluções válidas⁵².

Por conseguinte, fala-se em uma indeterminação intencional do ato de interpretação, visto que a norma superior pode deixar propositalmente um espaço de livre interpretação para o operador, para que a forma de execução ou o conteúdo da norma inferior seja determinado de acordo com uma análise contextual e pontual da situação. Neste caso, opera-se que a norma geral estabelece que a norma individual seja específica em relação ao caso concreto, e não uma predeterminação de uma situação hipotética⁵³.

Por outro lado, pode ocorrer uma indeterminação não intencional do conteúdo da norma, em razão da construção textual do dispositivo. Nesse sentido, admite-se que nenhuma norma tem sentido em si mesma, visto que todo texto deve ser submetido a um processo de determinação de sentido ao verbo gráfico. Assim, uma expressão utilizada pelo legislador – ainda que tenha sido devidamente escolhida com o maior cuidado – pode gerar diversas interpretações, visto que a linguagem em si é fluida e não comporta um único sentido⁵⁴.

Quanto a esse ponto, Kelsen admite que a intenção trazida pelo legislador ao escolher determinada expressão pode não corresponder com a interpretação feita pelo aplicador da norma, uma vez que o sentido determinado pela vontade deste pode ser gramaticalmente atribuído ao texto sem guardar relação com o

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 394.

⁵² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 388.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 389.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 389.

sentido pretendido pelo criador da norma, sem que isso implique em invalidade da interpretação⁵⁵.

Por conseguinte, KELSEN trata das diversas possibilidades de aplicação que uma determinada norma pode admitir sem perder sua validade. O autor admite que a norma funciona como um padrão de aplicação, como um moldura, dentro da qual existe espaço para diversas interpretações, sendo que a validade se verifica pela adequação à moldura e não a uma solução individual⁵⁶. Em outras palavras, a moldura serve como limite às várias possibilidades de aplicação, sendo que o aplicador da norma pode optar por uma norma individual desde que não ultrapasse o limite da moldura imposta pela norma superior.

Nesse sentido, pelo simples fato de interpretação ser ato de determinação de sentido da norma, entende-se que as mencionadas indeterminações da norma possibilitem a ocorrência de várias interpretações possíveis dentro de uma moldura. Assim, todas essas possibilidades de aplicação teriam o mesmo valor e caracterizariam escolha do aplicador, ou seja, ato de vontade. Portanto, não se pode afirmar – como na jurisprudência tradicional – que existe uma única solução possível para a interpretação, pois todas as interpretações que não ultrapassem a moldura seriam juridicamente válidas, sendo que aquela optada pelo aplicador será a solução individual que se tornará Direito Positivo no caso concreto⁵⁷.

Assim, KELSEN afirma que não existe método “correto” de interpretação, que leve a uma solução única e correta. Aduz que “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”⁵⁸. Em outras palavras, não existe critério científico para valorar um método de interpretação como correto ou superior aos demais. Ademais, o fato de a norma em si deixar um espaço de livre interpretação, pelos motivos supracitados, induz à conclusão de que os critérios de avaliação de interpretação não podem se sobrepor aos demais, visto que existem possibilidades em aberto, e não um método adequado que levará a uma única solução.

⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 390.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 390.

⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 391.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 392.

Destarte, não se pode falar em uma pré-compreensão do sentido da norma como fator determinante a uma solução exclusiva. Conforme afirma o autor, a interpretação é ato de conhecimento ou de vontade, de forma que as várias possibilidades de aplicação dentro da supracitada moldura conferem ao aplicador liberdade de escolha dentro do universo de soluções válidas e diversas para o mesmo caso. Assim Kelsen afirma que é tão impossível esperar a prolação de uma única sentença justa a partir da lei, quanto esperar a criação de uma única lei justa a partir da Constituição⁵⁹.

Nesse ponto, o autor confirma que além da determinação jurídica da moldura de aplicação da norma, existe um processo cognitivo por parte do órgão aplicador, que verificará não apenas os aspectos do Direito Positivo, mas critérios externos como “normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”⁶⁰. Nesse sentido, o Direito Positivo não pode avaliar a validade de tais critérios, visto que dentro da moldura proposta, todas as possibilidades são juridicamente válidas e existe liberdade de escolha quanto à interpretação.

Nesses termos, KELSEN classifica a interpretação jurídica feita por órgãos aplicadores do Direito como ato de conhecimento combinado com ato de vontade, distinguindo-se da interpretação feita pela ciência jurídica e classificando-se como interpretação autêntica⁶¹. Assim, é autêntica a interpretação que cria Direito para todas as situações idênticas – ou seja, uma norma geral – e também aquela interpretação que cria norma individual para o caso concreto dentro das várias possibilidades que admitem o espaço da moldura, ou fora dela. Conclui-se, portanto, que Kelsen admite que, na prática, autêntica é a interpretação que, por ser realizada por órgão aplicador do Direito, cria Direito e não apenas o conhece⁶².

Por fim, o Autor frisa que a interpretação realizada pela ciência jurídica é não-autêntica, pois trata-se de “pura determinação cognitiva”. Assim, o mero ato cognitivo não é criador do Direito e não serve, portanto, para o atendimento a uma

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 393.

⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 393.

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 394.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 395.

necessidade da realidade do Direito, pois para tanto, é necessário um ato de criação, que só pode ser efetuado por um órgão aplicador, através da interpretação jurídica autêntica.

Da mesma forma, uma interpretação feita, por exemplo, por um advogado que propõe ao órgão julgador uma solução “mais adequada” não é uma interpretação jurídico-científica, mas jurídico-política. A interpretação científica é ato cognitivo que visa encontrar o sentido científico da norma, mas sem passar pela decisão ou pela indicação de um único sentido tido como correto ou justo⁶³. Pode a interpretação científica apenas demonstrar o caminho para a interpretação dentro de um universo de possibilidades, de forma que se possa entender, por exemplo, que o aplicador da norma está distante da moldura proposta, mas sem vincular a cognição do sentido científico a um verdadeiro ato de decisão.

2.5 POSITIVISMO COMO IDEOLOGIA DO DIREITO

Para além do positivismo como teoria do Direito, tem-se a ocorrência de uma ideologia juspositivista. Enquanto a teoria diz respeito a uma série de preceitos lógico-descritivos que tem por objetivo compreender o que é e como funciona o Direito, a ideologia diz respeito a uma postura volitiva sobre este e tem como característica não juízos de observação, mas juízos de valor. Nesse sentido, a ideologia juspositivista indaga e afirma como o Direito deve ser.

Como foi analisado nos itens anteriores, o juspositivismo pode ser observado como um método, segundo o qual são estabelecidos procedimentos e critérios científicos de análise do Direito como fato. O método, em momento algum tem por objetivo criticar o Direito e ditar como este deve se modificar.

Da mesma forma, o juspositivismo como teoria representa uma análise sobre o conceito de Direito, suas bases, formas, funcionamento etc. A teoria jurídica positivista tem como escopo definir o que é norma jurídica, como é feita a sua interpretação e aplicação, como os conflitos devem ser resolvidos; o que é

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 396

ordenamento jurídico, qual o seu alcance, qual a sua abrangência; dentre muitas outras funções de ordem analítica.

Por outro lado, a ideologia não se trata de uma forma de analisar o Direito com uma postura neutra. Trata-se de uma forma de direcionar o pensamento jurídico para uma determinada característica, com a finalidade de modificar e adequar o Direito, o método jurídico e a teoria jurídica a uma corrente específica. No caso do juspositivismo, a ideologia é mascarada por uma série de categorias teóricas que rezam pela neutralidade, mas indicam, simultaneamente, como se deve olhar para o Direito: com olhos positivistas.

Por certo, a ideologia juspositivista muitas vezes não é declarada, uma vez que um dos próprios primados dessa corrente de pensamento é a adoção de uma postura neutra. O que não impede, entretanto, que seus adeptos acolham um ideal de como o pensamento sobre o Direito deveria ser mais positivista, ainda que tal posicionamento esteja mascarado, como em AUSTIN⁶⁴. Outrossim, a ideologia positivista é facilmente verificada no pensamento de diversos autores que descrevem teorias jurídicas que indicam deliberadamente como a comunidade jurídica deve observar o Direito, como é o caso de KELSEN.

Conforme aduzido supra, ainda que o objetivo da teoria positivista seja manter uma postura neutra, o simples fato de o autor indicar que o método ou a teoria deve ser positivista demonstra o conteúdo volitivo da sentença. A própria necessidade de depuração da ciência jurídica em relação às demais áreas do conhecimento que a influenciavam, representa um processo de aceitação incondicional e mitificação do ordenamento positivo, assegurando a manutenção de todos os pressupostos materiais e políticos que envolvem a sua construção e seus reais efeitos na sociedade.

BOBBIO descreve a ocorrência de duas principais correntes ideológicas do juspositivismo: a versão extremista e a versão moderada. A primeira é sintetizada pelo autor italiano na expressão do “dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal”⁶⁵. Tal definição corresponde ao chamado positivismo ético, pois

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 224.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 225.

estabelece um “dever ser” quanto à conduta do homem em relação ao Direito. Não se trata, como na teoria jurídica, de uma análise fática do sistema jurídico enquanto tal, mas de uma prescrição valorativa.

Observe-se que a origem da ideologia positivista extremada remonta aos mesmos aspectos da teoria positivista do Estado como único legislador e da imperatividade das normas⁶⁶. Nesse sentido, se há uma teoria que descreve que a lei formalmente válida de origem estatal possui caráter imperativo absoluto, os adeptos de tal teoria certamente direcionarão seu pensamento para a ideia de que o jurista, o magistrado, o cidadão, o cientista jurídico e qualquer outra pessoa, devem pautar suas condutas pelo enunciado princípio, ou seja, aceitar a imperatividade da norma. Amélia ROSSI elucida:

“Essa maneira de compreensão encontra sua origem no nascimento do Estado Moderno e no fato de que o ordenamento estatal se tornou o único ordenamento realmente normativo. Nesse sentido, obedecer à lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral”⁶⁷.

Quanto a esse ponto, é possível vislumbrar uma verdadeira deificação do ordenamento positivo, eis que a sua própria natureza, ao derivar do Estado soberano, como entidade suprema, promotora da ordem e do bem estar coletivo, legitima qualquer norma posta como “justa”, simplesmente pelo fato de ser válida. Essa mistificação do Direito posto como intangível representa a própria materialização das acepções metafísicas e ontológicas ocultas em predicados teóricos de neutralidade, conforme assinala WARAT ao sustentar que Kelsen:

“Pretendeu combater os argumento teológicos – metafísicos, as definições essencialistas, as atitudes ontológicas ingênuas, as opiniões transmutadas em conceitos descritivos, os preconceitos jusnaturalistas, mas em alguns aspectos sua teoria reproduz os mesmos equívocos que pretende combater”⁶⁸.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 226.

⁶⁷ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 24-25.

⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 34.

Verifica-se, portanto, que mesmo a teoria positivista que prega a neutralidade é naturalmente dotada de carga ideológica. É na verificação dessa perspectiva ideológica que se justifica o objetivo da presente dissertação, uma vez que os preceitos positivistas agregam valores políticos que direcionam o pensamento e o agir de toda a comunidade jurídica, de todos os demais cidadãos e principalmente do Estado.

Em especial, a ideologia do positivismo ético, que prescreve a sujeição total ao ordenamento positivo estatal como única fonte de dever, encontra justamente na separação entre o Direito e qualquer outro preceito considerado não jurídico a fundamentação para a imposição das normas, independentemente de seu conteúdo, concretizando a legitimação do poder absoluto do Estado. Em outras palavras, ao se considerar como jurídicas exclusivamente as normas derivadas do estado, qualquer outra prescrição não jurídica não teria o poder de afrontar o ordenamento como fonte de obrigação, de tal monta que qualquer conduta só pode ser avaliada com os qualificativos “lícita” ou “ilícita”⁶⁹; “de acordo” ou “em desacordo” com a lei. A integração entre o Direito e a moral, por exemplo, não seria válida para questionar a imperatividade de uma norma jurídica.

Dentro dessa concepção, a separação entre direito e moral é essencial, uma vez que a obediência incondicionada à lei significa um olhar puramente formalista ao conceito de lei – dentro dos preceitos do positivismo enquanto teoria. Destarte, todo homem tem o dever de obedecer às normas, sem questionar se o seu conteúdo é justo ou injusto, moral ou imoral⁷⁰. Contrapõe-se a tal perspectiva o pensamento jusnaturalista, segundo o qual só é considerada lei a norma que for justa⁷¹, o que é unanimemente refutado pelos positivistas.

BOBBIO enuncia quatro principais fundamentos para o positivismo ético. a) a concepção realista da justiça, segundo a qual as normas são expressão da vontade do mais forte, devendo o cidadão a obedecer por não poder agir de forma contrária; b) a concepção convencionalista da justiça, que representa a ideia de que justo é o que todos os cidadãos convencionaram sê-lo, como um critério pretérito à

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 226.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 227.

⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 71.

positivação da norma, havendo assim um dever moral de obediência; c) a concepção sagrada da autoridade, segundo a qual o poder de impor normas é fundado ou num reconhecimento racional e convencional dos homens, ou na tradição, ou numa característica sobre-humana de poder para governar, reconhecida pelos demais cidadãos; d) por fim, a concepção do Estado ético, segundo a qual o Estado é a manifestação pura e suprema da ética, como um representante divino do que pode determinar o que é certo ou errado⁷².

Todas as concepções supracitadas têm em comum a característica de direcionar o homem para a completa submissão ao ordenamento positivo, visto que o fundamento na origem da norma – o Estado como soberano – legitima o império do Direito sobre qualquer outra prescrição considerada não jurídica. Trata-se, portanto de postura política, que prescreve como o súdito deve ser em relação à ordem e como o Direito deve ser imaculado.

Por derradeiro, seguindo a classificação de BOBBIO, a segunda corrente ideológica do positivismo é considerada uma versão moderada do positivismo ético. Enquanto a primeira prega que o Direito é sempre justo em razão da sua própria origem, a corrente moderada entende que o Direito deve sempre ser obedecido por ser o único instrumento que, por excelência, é capaz de impor a ordem⁷³.

Tal concepção indica que há um direcionamento político no sentido de optar pela noção de ordem, a qual só pode ser alcançada pelo Direito, através de seus comandos imperativos e coativos. Desta maneira, uma acepção de ordem pode ser definida como uma ordem justa, sendo que a noção de justiça corresponde à de legalidade⁷⁴. Verifica-se, aqui, a mesma ideia de separação entre Direito e moral, quando KELSEN afirma que não há moral absoluta⁷⁵, de forma que as diferentes concepções morais não podem ter o caráter coativo que as normas jurídicas, enquanto essas, por estarem ligadas a critérios exclusivamente formais, podem gerar uma noção de uniformidade, segundo a qual todos podem e devem obedecer, ou seja, uma noção formal de ordem.

⁷² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 228-229.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 230.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 231.

⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 72.

É característica do positivismo ético moderado, ainda, a ideia de que a lei, por dotada de generalidade e abstração, é a forma mais perfeita de Direito, uma vez que proporcionam igualdade formal e certeza jurídica, o que é predicado fundamental de todo o pensamento positivista⁷⁶.

Em resumo, BOBBIO entende que a ideologia positivista ética moderada diferencia-se da extremista principalmente por não considerar o Direito como um valor em si, mas um “meio (em termos kelsenianos, uma técnica de organização social) que serve para realizar um determinado bem, a ordem da sociedade, com a consequência de que, se desejamos tal bem devemos obedecer ao direito”⁷⁷.

Diante de todo o exposto, fica claro que o juspositivismo, enquanto ideologia, difere em especial da teoria e do método positivistas, pois assume uma postura volitiva em relação ao Direito, de forma que há um direcionamento político de todos os juspositivistas para uma ideal uniformização de todo o comportamento humano em relação ao Direito. Essa ideologia, por sua vez implica na aplicação do positivismo jurídico como método e como teoria, em todos os espaços de contato com o Direito, seja no Estado, na vida cotidiana, na academia ou na filosofia.

Por esses motivos, dada a inequívoca predominância do pensamento positivista ao longo dos anos, não se pode deixar de analisar quais seus principais problemas e por que motivos se almeja superar o positivismo jurídico por uma perspectiva mais sustentável.

2.6 PROBLEMÁTICA DO JUSPOSITIVISMO

Ao tratar da problemática do juspositivismo, encontram-se vários enfrentamentos que o pensamento formalista dominante pode ocasionar. Verificam-se algumas aporias e questionamento pode fazer em relação à teoria kelseniana e

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 232.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 232.

ao pensamento positivista em geral, tendo em vista a sua repercussão na dogmática tradicional vigente.

Em primeiro lugar, no que tange ao positivismo como método, a própria forma de tratar o Direito “como um fato e não como um valor”⁷⁸ é um ponto falho, uma vez que no método juspositivista não há qualquer juízo de valor ou critério direcionado ao conteúdo material da norma. O jurista deve olhar para o Direito como um fato decorrente da realidade, sem atribuir qualquer qualitativo que possa tornar a análise crítica do ponto de vista valorativo. Nessa perspectiva, tem-se que o Direito simplesmente existe e como tal deve ser observado cientificamente.

Desta forma, o Direito posto é analisado, interpretado e aplicado de acordo com seus próprios pressupostos de validade formal, independentemente do conteúdo da norma. Quanto a esse ponto, Dinaura Godinho Pimentel GOMES entende que “se o Direito só se expressar por meio da norma, segundo a teoria kelseniana, poderá assim ter qualquer conteúdo, haja vista não existir conduta humana que não se possa converter em objeto de uma norma jurídica”⁷⁹.

Nesse aspecto, verifica-se uma imediata tentativa de desconexão do Direito com a política, tendo em vista que o momento que precede a validação formal da norma no seu processo de produção – ou seja, os motivos políticos e razões valorativas que levaram o legislativo a transformar determinada hipótese em norma – são absolutamente irrelevantes para o aplicador ou intérprete do Direito. Nesse sentido, pode-se adiantar a conclusão de que uma lei formalmente válida, por mais imoral que seja, será simplesmente uma norma válida aos olhos positivistas.

Jair GONÇALVES esclarece que “a Ciência do Direito é uma ciência normativa e não uma ciência da natureza. Isto significa que não se interessa pela conduta humana em si mesma, mas unicamente pelo ordenamento normativo que a regula”⁸⁰. Assim, o primeiro enfrentamento do juspositivismo fica claro quando se verifica que qualquer que seja conteúdo de uma norma jurídica posta, o homem

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 131.

⁷⁹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 200.

⁸⁰ GONÇALVES, Jair. **Herança Jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001. p. 19.

deve submeter-se ao seu comando, ainda que tal prescrição contrarie todas as formas conhecidas de princípios, costumes, preceitos morais, etc.

Não é sem motivo que os críticos do positivismo apontam para essa corrente de pensamento como a responsável pela possibilidade de se haver sistemas jurídicos formalmente válidos, mas com conteúdo absolutamente imoral, como os chamados regimes totalitaristas. A título de exemplo, uma norma pode atender a todos os critérios de validade segundo o positivismo, inclusive conformidade com a norma hipotética fundamental ou a constituição de um país, mas em seu conteúdo prescrever que é lícito “retirar a vida de outra pessoa por qualquer motivo”.

Conforme veremos adiante, não é apenas a contrariedade a preceitos materiais que pode eivar de vício uma norma posta considerada válida aos olhos positivistas. A insuficiência do preceito específico para a satisfação de preceitos maiores – como, por exemplo, os objetivos fundamentais da república⁸¹ – também é uma chaga que macula grande parte dos ordenamentos positivos, mas é considerada irrelevante para a teoria positivista.

O segundo grande problema apontado por BOBBIO diz respeito à vinculação da definição do Direito à teoria da coatividade⁸², segundo a qual a norma só será jurídica se for dotada do poder para coagir ou obrigar de acordo com seu enunciado e através da força. Conforme foi analisado anteriormente, o positivismo kelseniano considera a coação como estrutura elementar da norma jurídica, e não acessório do qual a norma precisa para ter eficácia.

KELSEN, ao diferenciar as normas morais das normas jurídicas, lembra que ambas têm o poder de compelir o homem a agir de acordo com seus enunciados, porém apenas a norma jurídica tem o poder de fazê-lo através da força e violência legítima:

“O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado,

⁸¹ No Brasil os “objetivos fundamentais da república” encontram-se elencados no art. 3º da Constituição Federal, e ditam as diretrizes pelas quais toda e qualquer conduta deve se pautar, seja por parte do Estado, do cidadão, do jurista, etc.

⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 131.

enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física”⁸³

Destarte, uma das principais características – e falhas – do pensamento positivista é o fato de atribuir o qualitativo “jurídico” apenas ao preceito que possui uma sanção à conduta contrária. Nesse sentido, ainda, como já foi visto, as normas jurídicas estruturalmente devem ditar quando e como deve haver punição para determinadas condutas – exemplo do pai que “deve punir se o filho não estudar”. Contudo, não faz parte da realidade jurídica a idealizada completude em termos de adequação estrutural das normas dentro da definição positivista de Direito.

Nesse sentido, podemos tomar como exemplo uma norma posta do Ordenamento Brasileiro, juridicamente válida, de origem Estatal, mas que não possui sanção para a conduta contrária à descrita: o dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho que fixa em duas o número máximo de horas extras que um trabalhador pode realizar por dia:

“Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”⁸⁴

Tendo em vista que não existe sanção prevista para a violação desta determinação, o pensamento estritamente positivista não traria qualquer solução imediata para os questionamentos que surgiriam a respeito dos efeitos dessa norma. Mesmo Kelsen, no primeiro capítulo de sua obra, ao tratar dos direitos jurídicos sem sanção⁸⁵, define que juridicamente relevantes são as normas que possuem sanção expressamente prevista para a conduta inversa à prescrita, ou as normas que, conectadas à norma fundamental, utilizam seus preceitos para indicar os efeitos jurídicos aplicáveis à ação contrária da prescrita.

⁸³ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 71.

⁸⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 ago. 1943.

⁸⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 56-60.

Nesse caso, são ressalvadas aquelas normas jurídicas que apenas estatuem diretrizes, como o procedimento para elaboração de leis, que não trazem sanções de coação, mas apenas tornam inválidos os atos praticados em desrespeito ao protocolo⁸⁶, ou as normas que não estatuem prestações constitutivas, mas apenas limitam a validade de uma norma determinadora de uma sanção⁸⁷.

De acordo com a já citada teoria coativa do Direito, a definição de norma jurídica está atrelada à existência de uma coação, sendo que, segundo a perspectiva moderna de Hans Kelsen, a estrutura da norma deve prever a aplicação de uma sanção para uma determinada conduta contrária à prescrição que se espera que o sujeito obedeça, ou estar diretamente relacionada a uma norma que preveja tal coação:

“Uma norma, para ser interpretada objetivamente como norma jurídica, tem de ser o sentido subjetivo de um ato posto por este processo – pelo processo conforme à norma fundamental – e tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação com uma norma que o estatua. Com a norma fundamental, portanto, pressupõe-se a definição nela contida do Direito como norma coercitiva”⁸⁸.

No caso apontado, entretanto, a norma em questão não se enquadra em qualquer das hipóteses de dever jurídico sem sanção elencadas por Kelsen – normas permissivas, positivas e negativas, de obrigação natural, ou instituidoras de procedimento legislativo⁸⁹ – nem mesmo está relacionada a outra norma que estatua um ato de coação. Destarte, aos olhos do intérprete positivista, estar-se-ia diante de uma situação juridicamente irrelevante⁹⁰. Eis, pois, a materialização do problema apontado por Bobbio, visto que pela definição positivista de Direito, o legislador teria incorrido em esforço em vão, criando letra morta de lei.

O autor italiano afirma, ainda, que as fontes do Direito são o terceiro problema inerente ao pensamento positivista, em especial quando se trata dos costumes. Em geral, apesar da elaboração de complexas teorias sobre a classificação e natureza das fontes de Direito, tentando visualizar o panorama dos

⁸⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 57.

⁸⁷ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 58.

⁸⁸ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 56.

⁸⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 57.

⁹⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 58.

costumes como fontes de obrigação, ao final, sempre se conclui que são admitidos como fonte apenas os *secundum legem* e *praeter legem*⁹¹, ou seja, apenas aqueles de acordo com a lei posta, ou que não a contrariem e prescrevam algo para além do texto. Desta forma, porém, o raciocínio seria redundante, pois se apenas os costumes que caminham nos termos da Lei são fontes do Direito, esta continuaria sendo a fonte primordial, tornando os costumes praticamente irrelevantes.

Ademais, corriqueiramente a teoria positivista considera que o costume passa a ser jurídico unicamente quando é positivado através do processo legislativo. Entretanto, mais uma vez a questão das fontes se subsume ao monopólio legislativo do Estado, tendo em vista que se o costume tornou-se lei formal, torna-se desnecessário como costume propriamente dito.

Por conseguinte, BOBBIO indaga que o quarto problema do juspositivismo está relacionado à já mencionada teoria imperativa das normas, segundo a qual a norma jurídica é apenas aquela que descreve um comando, uma ordem. Ocorre que apesar da justificativa positivista através de uma série de formulações complexas para tentar abranger todas as hipóteses de mandamentos, apenas um ordenamento jurídico ideal, nos termos de uma teoria positivista pura, conteria normas que coubessem integralmente dentro da classificação, sem perder sua eficácia ou validade em relação à definição de Direito.

O quinto problema diz respeito ao fato de que o positivismo jurídico não admite contradições ou lacunas no corpo do ordenamento, compreendendo que todas as normas postas são coerentes entre si e abrangem todas as possibilidades da realidade, sem exceções – teorias da coerência e completude, respectivamente. O problema da coerência e completude do ordenamento é tema que será tratado mais detalhadamente em outro capítulo.

A sexta aporia apontada por BOBBIO está relacionada com o método de interpretação juspositivista, segundo o qual, o intérprete deve analisar e aplicar o Direito de uma forma clara, exata e mecânica⁹². Nesses termos, seria necessário que para cada problema da realidade, existisse previamente uma hipótese normativa

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 132.

⁹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 133.

adequada que indicasse uma única solução, uniforme para todas as questões semelhantes.

Contudo, conforme foi analisado supra, mesmo Kelsen admite em sua obra que a interpretação, na realidade fática e não na pura ciência do Direito, é plural e indeterminada. Ao tratar da questão da interpretação realizada por órgãos judiciais, legislativos, ou pelo próprio cidadão, o autor austríaco entende que a norma funciona apenas como um limite generalista, como uma moldura dentro da qual diversas soluções válidas podem ocorrer. A interpretação pura, única e imparcial, como ato cognitivo, pertence unicamente à ciência juspositivista, e não ao meio real, onde a interpretação é ato de vontade. Nesse sentido, parece desgastante desenvolver teorias em que o método interpretativo é lógico-mecanicista, enquanto na realidade cotidiana a interpretação é uma questão completamente distinta.

Por fim, BOBBIO apresenta o sétimo problema da teoria positivista, que corresponde à chamada “teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal”, para a qual se propõe que deve existir uma aceitação incondicional da sociedade aos ditames da Lei. Quanto a esse ponto, fica claro que, conforme analisado acima, trata-se de uma ideologia, segundo a qual, deseja-se que o homem aceite a lei enquanto única fonte de obrigação, por ser sempre justa em sua própria concepção como tal – positivismo ético extremista – ou por ser o único meio legítimo para alcançar a ordem – positivismo ético moderado.

Contudo, a ideologia positivista representa a assunção de uma postura teórica de como o Direito deve ser, sugerindo que a sociedade submeta-se ao comando imperativo da lei formal de origem estatal, independentemente de seu conteúdo material. A grande questão levantada encontra grande polêmica no fato de que para obedecer a lei enquanto tal, cada sujeito deve assumir uma posição de aceitação da norma como valor – justa porque válida – renunciando a qualquer predicado material que possa vir de encontro ao preceito formal. É como se fosse sugerido que, em uma sociedade que repudia moralmente de forma explícita a violação do direito à vida, uma norma que contraria tal preceito moral tivesse de ser obedecida por todos incondicionalmente, pois “*gesetz ist gesetz*”⁹³.

⁹³ Lei é lei.

Assim, diante de todas as características e problemas apontados aqui, tentou-se demonstrar de forma mais específica o que se entende por positivismo para os propósitos específico do trabalho doravante. Em primeiro lugar, vislumbra-se que o positivismo, manifestado tanto como método quanto como teoria, é permeado por uma ideologia formalista que pretende direcionar todo e qualquer olhar por sobre o Direito, de forma a instrumentalizar um positivismo dominante não apenas como ciência, mas como filosofia e política do Direito. Por essas razões, far-se-á necessário elucidar como e por que se pretende adotar uma postura crítica, em especial do Direito do trabalho.

3 CONSTRUÇÃO DE UMA POSTURA CRÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO

“Eis a tríade funesta: o positivismo, que reduz o Direito à ordem estabelecida; a pseudo-ciência dogmática do Direito, que o confina às normas ditadas ou aceitas pelo Estado; o academicismo, que transforma o ensino jurídico em ritual de galinheiro, cacarejando reverências ao sistema tronante”.

(Lyra Filho)

Apresentadas em linhas básicas as características do juspositivismo que se pretende forçar no presente trabalho, torna-se importante traçar um esboço do papel do Direito do Trabalho numa possível superação do positivismo jurídico, de modo a compreender as ideias de sustentabilidade socioeconômica e desenvolvimento que serão trabalhadas a seguir.

Vale ressaltar que não se pode confundir a tomada de uma postura crítica com a elaboração de uma verdadeira teoria crítica. A primeira hipótese, a qual será objeto do presente ensaio, diz respeito apenas a uma série de análises e apontamentos acerca de um determinado tema. Contudo, não se pretende desenvolver uma teoria crítica do Direito do Trabalho sobre o Juspositivismo, eis que para tanto, seria necessário um completo e profundo diagnóstico sobre todas as dimensões do positivismo na realidade e a formulação de uma complexa e didática construção de conceitos e estruturas teóricas para sustentar uma proposta final.

Antonio Carlos WOLKMER conceitua a teoria crítica como uma ferramenta teórica e prática fundamentada na experiência concreta, que tem por objetivo formar um pensamento reflexivo, libertador e transformador sobre os dogmas da sociedade⁹⁴. Por certo, não se pretende atingir tamanha profundidade metodológica e inserção histórico-prática para se denominar uma verdadeira teoria crítica, mas apenas esboçar elementos para possibilitar um pensamento diferenciado e transformador sobre a realidade apresentada.

⁹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

A proposta do presente capítulo é trazer breves ponderações críticas sobre o juspositivismo enquanto teoria e ideologia, demonstrando como o Direito do Trabalho e a ciência juslaboral podem e devem interagir com a realidade jurídica, no intento de superar o pensamento positivista em busca de um desenvolvimento socioambiental sustentável. Para tanto, adotam-se as palavras de Sérgio Alberto de SOUZA: “Para discernir e denunciar o discurso lacunar, o pesquisador do Direito há de encontrar, com olhar percuciente, as armadilhas da ideologia burguesa”⁹⁵.

3.1 O PAPEL DO DIREITO DO TRABALHO

A ciência juslaboral é frequente alvo de críticas no que tange ao seu caráter transformador latente. Diz-se que apesar do seu potencial crítico, a doutrina justrabalhistas mantém seu caractere fortemente dogmático. Por outro lado, o pensamento crítico toma como fundamento uma visão sociológica e valorativa da realidade jurídica, com o objetivo de analisá-la de forma não apenas descritiva, mas prescritiva.

No que tange à realidade do Direito do Trabalho, é importante destacar que o seu sistema normativo nasceu a partir de longa evolução histórica, decorrente da luta de classes. Diante desta peculiaridade, o sistema jurídico laboral tem como principal característica a busca pelo equilíbrio material na sociedade, promovendo maior proteção jurídica para o hipossuficiente em contraponto ao maior poder econômico da classe burguesa.

Dentro de um processo evolutivo histórico, o Direito do Trabalho tomou forma ao longo do concatenamento de fatores econômicos e sociais, como a perpetuação do modelo de acumulação capitalista, e o surgimento das massas trabalhadoras em um ambiente urbano e industrializado. O processo de exploração capitalista da mão de obra humana, dentro de um contexto liberalista de não-

⁹⁵ SOUZA, Sérgio Alberto. **Direito, Globalização e Barbárie**: estudos críticos de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos sob a ótica de uma leitura não-liberal. São Paulo: LTr, 1998. p. 49.

intervenção estatal, culminou com o agravamento da disparidade social entre proletariado e burguesia.

Nesse panorama histórico, fatores políticos e sociológicos, como a interdependência do Estado moderno com o modelo de acumulação⁹⁶, foram terreno fértil para a propagação do pensamento juspositivista e a construção de ordenamentos jurídicos com fortes características dessa racionalidade formal-legal. O próprio desenvolvimento do Direito do Trabalho, cujas origens remontam à revolução industrial, teve uma forte aceleração no que tange à produção de legislação positiva.

O modelo de Estado Moderno, cuja característica marcante foi a predominância da racionalidade formalista, possibilitou o desenvolvimento do capitalismo, através de sistemas fundados na norma estatal como fonte primordial do Direito. Conforme analisamos acima, a teoria positivista abre terreno para as concepções de previsibilidade, certeza e segurança jurídica, sem as quais o modelo de acumulação capitalista encontraria grandes problemas, conforme assinala WEBBER:

“Com um direito deste tipo, o capitalismo não pode operar; o que precisa é de um direito previsível como o funcionamento de uma máquina, sem interferirem aspectos ritual-religiosos e mágicos. A criação de um direito desde tipo conseguida, ao aliar-se o Estado moderno aos juristas, para impor suas pretensões de poder”⁹⁷.

É justamente nesse panorama que o capitalismo se desenvolve e junto com ele o as relações de trabalho modernas. Pode-se apontar, ainda, como fator essencial ao desenvolvimento do Direito do Trabalho a organização do proletariado em sindicatos e a sua participação política através do modelo partidário e de pressão exercida sobre as elites dominantes e governo⁹⁸. Dessa “luta de classes”, exsurge um modelo de regulamentação estatal das relações de trabalho cuja aparência e discurso são de proteção da classe trabalhadora em face do poderio econômico da burguesia.

⁹⁶ WEBBER, Max. **Economia e sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Editora UnB, 2004. p. 519-520.

⁹⁷ WEBBER, Max. **Economia e sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Editora UnB, 2004. v.2. p. 520.

⁹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 90.

Contudo, há que se ressaltar que o caráter da regulamentação trabalhista sempre foi a manutenção do modelo capitalista⁹⁹, ou seja, sempre que se fala em um avanço no Direito do Trabalho no sentido de aumentar a proteção ao trabalhador, não se questiona o inabalável modelo de produção, que representa uma legitimação estatal da exploração da mão de obra num modelo de acumulação capitalista. Nesse sentido assinala Wilson RAMOS FILHO:

“O direito capitalista do trabalho, desde então, se constituirá em uma das maneiras pelas quais o intervencionismo estatal se manifesta, regulando a relação entre as classes sociais em permanente antagonismo, visando pacificar a relação entre elas para preservar o modo de produção”¹⁰⁰.

Trata-se de uma característica central do Direito do Trabalho brasileiro, o dualismo entre o discurso protetivo, que prega a proteção do trabalhador, e o verdadeiro fundamento da regulamentação normativa das relações de trabalho, condizente com a perpetuação do capitalismo. Luiz Fernando COELHO contesta a teoria weberiana da dominação, reconhecendo tal dualismo, ao afirmar que “ao mesmo tempo que conserva o estado anterior, traduz as conquistas dos estamentos marginalizados, dos grupos excluídos que se incorporam à ordem jurídico-política”¹⁰¹. Vale fazer um breve parêntesis para elucidar como a racionalidade positivista do Direito do Trabalho contribui para o desenvolvimento do capitalismo.

Em primeiro lugar, a passagem de um modelo de produção feudal ou servil para o modelo capitalista de compra e venda da mão de obra fundamenta-se na possibilidade de “livre contratação” entre o trabalhador e o comprador da sua força de trabalho, possibilitando que haja uma aparência de igualdade entre as partes, mascarando uma real disparidade entre as forças da relação, conforme já enunciava MARX, ao afirmar que o capitalismo “obriga constantemente o trabalhador a vender

⁹⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do Trabalho e a Análise Econômica do Direito. **Revista da Amatra VI**, Recife, v. 11, n. 30, p. 3-6, abr. 2008. p. 4.

¹⁰⁰ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do Trabalho**: uma crítica ao modelo de relações de trabalho no Brasil. No prelo. 2010. p. 135.

¹⁰¹ COELHO, Luis Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris / JM livraria, 2011. p. 83

sua força de trabalho para viver e capacita constantemente o capitalista a comprá-la para se enriquecer”¹⁰².

Por obvio, é possível noticiar grande avanço na realidade jurídica laboral, uma vez que o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador, e a mitigação dos princípios da autonomia da vontade¹⁰³ e da força normativa dos contratos possibilitaram que a exploração do trabalhador por parte da classe empresarial fosse amenizada. No entanto, a perspectiva dual entre a função protetiva do Direito do Trabalho e a sua função mantenedora da dominação capitalista deve sempre ser ressaltada como tal, sem que se caia em um reducionismo de considerar apenas uma ou outra face do Direito Laboral. Nesse sentido, Roberto LYRA FILHO elucida quais são:

“[...] duas perspectivas reducionistas, assim resumidas pelo notável mestre francês, Lyon-Caen: a) o Direito do Trabalho como disciplina que legaliza a exploração capitalista, ‘cloroformizando’ a ação operária; b) o direito do Trabalho como disciplina que supera a luta de classes e põe termo à questão social, através de normas tutelares”¹⁰⁴.

O advento da regulamentação trabalhista reconhece a disparidade material entre a classe trabalhadora e a classe patronal, de forma a posicionar o ordenamento a favor do trabalhador, como um contrapeso na balança que naturalmente pende para o lado do empregador. Nesse sentido, PLÁ RODRIGUES:

“Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive as mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalho com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades”¹⁰⁵

¹⁰² MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Livro I, Tomo II. p. 210.

¹⁰³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002 v. II. p. 406.

¹⁰⁴ LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982. p. 16.

¹⁰⁵ PLÁ RODRIGUEZ. Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.

Contudo, a lógica de “proteção” ao trabalhador serve ao mesmo tempo para instrumentalizar e manter a dominação¹⁰⁶ da classe burguesa em relação à classe operária. Em primeiro lugar por permitir o monopólio Estatal quanto às formas de trabalho – apenas as formas de trabalho subordinado prescritas em Lei são admitidas, ou seja, apenas o trabalho subordinado capitalista é fomentado e protegido pelo Estado –; em segundo lugar, por ditar as regras que obrigam as partes a negociar os termos da relação dentro de uma lógica capitalista; e principalmente por retirar da classe trabalhadora o ímpeto de manifestar suas forças contra as formas de exploração capitalista – a título de exemplo, as manifestações contra jornadas abusivas são abafadas com a instituição de um adicional de remuneração para as horas extras, sem excluir da realidade, entretanto, a exigência sobretrabalho e o sequestro da mais-valia.

Wilson RAMOS FILHO elucida como o discurso oficial sobre a instituição do Direito do Trabalho continua a versar sobre uma suposta “concessão” do Estado em favor do trabalhador, quando, na realidade, a regulamentação deriva de verdadeira luta da classe operária:

“Este discurso não questiona, repita-se, quais condicionantes políticas, sociais e ideológicas teriam conduzido o ‘poder público’ a interferir nas ‘relações trabalhistas’. Ao não proceder assim, desconsiderando os contextos em suas narrativas, por um lado, resta invisibilizada a classe trabalhadora como ator social relevante e, por outro lado, de forma mitificada, a legislação do trabalho brasileira aparece como artificialismo imposto às classes sociais, a partir do Estado, pela vontade do líder, como ‘outorga’ ou como ‘doação’”¹⁰⁷.

Assim, fica claro que é nas bases do positivismo jurídico que as normas trabalhistas, predominantemente estatais e burguesas, engessam a fluidez da realidade jurídica das relações entre classes. Na medida em que se criam codificações e ordenamentos voltados para o modelo capitalista como única forma legítima de trabalho, a questão social é arrefecida com os supostos benefícios legais “outorgados” ao trabalhador, juntamente com a ideologia que prega a teoria da

¹⁰⁶ A expressão “dominação” será utilizada no presente trabalho em uma relação com a ideia de submissão, exploração, coação, prevalência de uns sobre outros, sem restringir o vocábulo à conceituação filosófica de um ou de outro autor.

¹⁰⁷ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do Trabalho**: uma crítica ao modelo de relações de trabalho no Brasil. No prelo. 2010. p. 218.

obediência incondicional à Lei. Desta forma, é mitigada a postura crítica da sociedade em relação ao Direito do Trabalho, permitindo que a dominação capitalista permaneça oculta nos moldes do ordenamento positivo “protetivo”.

Tarso GENRO esclarece a estreita relação entre a ideologia burguesa e as bases do positivismo jurídico:

“A ideologia jurídica da burguesia expressa-se na reprodução de dois conceitos fundamentais para serem absorvidos pelas novas gerações e que são vertidos no cotidiano da prática judiciária e na ‘propaganda’ da estrutura jurídica ‘justa’ do Estado: 1º - o presente real é a realização da razão e as manifestações concretamente injustas da estruturas sociais são acidentes no processo de afirmação do gênero humano; 2º - as regras jurídicas são regras que, se respeitadas por todos, seriam suficientes para realizar uma sociedade justa”¹⁰⁸.

Por outro lado, não se pode afirmar despreocupadamente que o Direito Trabalhista Estatal tem como único fundamento o resfriamento das lutas sociais e a dominação da classe trabalhadora através do silêncio alcançado pela concessão de “pequenas esmolas”. LYRA FILHO lembra que mesmo Marx proclamava que a burguesia dominante visou sim a corromper o movimento trabalhista através de esmolas e “quebrando-lhes a energia revolucionária, na medida em que persuadissem o poder burguês a tornar ‘momentaneamente suportável’ a situação”¹⁰⁹; porém, ao mesmo tempo, afirmava que o trabalhador deve fruir ao máximo todas as pequenas conquistas, eis que a dominação não poderia ser facilmente superada por um triunfalismo, não devendo a classe obreira desprezar as pequenas concessões, mas absorvê-las e lutar por mais.

Destarte, a verdadeira face capitalista do Direito do Trabalho – no sentido de promover uma ordem positiva legitimadora da dominação, inclusive através de preceitos positivistas de neutralidade e aceitação do ordenamento – não elimina o direcionamento semântico-ideológico da perspectiva tomada como discurso central: o da busca pelo equilíbrio social através da proteção ao trabalhador. Frise-se que este tem sido o norte de quase todo o pensamento relacionado ao Direito do

¹⁰⁸ GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao Direito**: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 22.

¹⁰⁹ LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982. p. 16.

Trabalho desde os seus primórdios, sendo insculpido, inclusive, nos princípios centrais da Constituição.

Veja-se o que se propõe no art. 3º da Constituição da República ao indicar que é um objetivo fundamental do país “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; ou no art. 170 da mesma Carta Política, que institui que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como um de seus princípios a “redução das desigualdades regionais e sociais”¹¹⁰.

Esse direcionamento político-ideológico pode, não obstante a sua estreita ligação com o modelo de acumulação capitalista, fundamentar uma postura crítica em relação ao ordenamento positivo, na busca de uma possibilidade de equilíbrio social, sustentabilidade socioeconômica e desenvolvimento humano. Por certo, não se pretende encontrar uma forma de viabilizar a mitigação do capitalismo, mas apenas encontrar novas perspectivas dentro desse panorama que possam, ao menos, corresponder materialmente com os anseios de valorização do trabalhador e redução das desigualdades sociais.

Ademais, é em face da mascarada exploração capitalista que a ciência juslaboral deve assumir seu papel modificador e encontrar seu caminho na sustentabilidade do sistema socioeconômico, tendo em vista que se trata da preservação e enaltecimento da dignidade do trabalhador e, simultaneamente, do desenvolvimento da atividade econômica.

De qualquer sorte, o sistema jurídico trabalhista possui a peculiar característica de promover um incomparável impacto social e econômico através de seus mecanismos. Em outras palavras, partindo da premissa de que o trabalho é a fonte essencial de produção da atividade humana e está inserido em toda a sociedade, as políticas de regulamentação ou desregulamentação do Direito do Trabalho produzem efeitos em larga escala em todo o sistema socioeconômico.

Destaca-se que a própria natureza do direito do Trabalho, ao lidar com a forma por excelência de transformação da natureza em riquezas, o trabalho, é um dos alicerces centrais da sociedade ocidental. Considerando a predominância global da economia capitalista, cujo fundamento é o trabalho, o direcionamento político-

¹¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 170, III.

filosófico do pensamento juslaboralista é de essencial importância para a modificação e desenvolvimento da sociedade.

Por esses motivos, afirma-se que de todas as esferas do Direito, a trabalhista é a área de maior potencial transformador da sociedade, conforme preleciona Luiz Fernando COELHO:

“Segundo a teoria crítica, o direito do trabalho é uma rutura com o direito comum, porque, assumindo a desigualdade real na sociedade, contesta o princípio da igualdade formal, fundamento de todo o sistema de direito positivo liberal e racionalista, elaborado no processo histórico muito amplo da revolução francesa de 1789”¹¹¹.

Entretanto, a ciência jurídica laboral mantém uma estrutura dogmática e voltada para a análise interna do sistema positivo, sem avançar grandes paços no pensamento crítico. Afirma-se que o processo de transformação da economia no modelo capitalista incentivou e dependeu da racionalização positivista do pensamento jurídico. Assim, compreender o Direito por suas razões exclusivamente formais possibilitou a manutenção do estado de dominação capitalista, uma vez que a dogmática juslaboralista não se insurgiu criticamente com as instituições de direito positivo capitalista, nem fez proveito do potencial transformador da ciência juslaboral na sociedade, conforme conclui COELHO:

“Todavia, no campo da doutrina trabalhista, não se pode afirmar que ela tenha significado um corte epistemológico, simplesmente porque ela não assumiu a função transformadora dessa disciplina; e isto é compreensível, porque não surgiu nenhum pensamento original que propiciasse fundamentos à teoria do direito do trabalho, outros que não fossem idênticos aos da dogmática jurídica comum ou dela derivados. Tendo absorvido os princípios da dogmática tradicional, teve o direito do trabalho que assumir função legitimadora da ordem social”¹¹².

Nessa seara, verifica-se que, de fato, o pensamento crítico da ciência juslaboral foi ínfimo na comunidade jurídica brasileira. A ideologia positivista como política de abordagem do Direito permaneceu intrincada no pensamento trabalhista, possibilitando a formulação de uma esmagadora maioria doutrinária voltada para a

¹¹¹ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1983. p. 67.

¹¹² COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1983. p. 69.

compreensão e manutenção das normas positivas e pouquíssimo trabalho crítico indicando no Direito do Trabalho como este deveria ser.

Tal situação, reprise-se, foi fator essencial para a manutenção do status de dominação social e perpetuação das desigualdades sociais advindas desde a revolução industrial, ainda que algumas poucas conquistas tenham amenizado a face da exploração. Assim, faz-se importante destacar como as principais tendências do juspositivismo eivam o pensamento juslaboral em geral, não apenas como atividade judicial, mas especialmente como a doutrina dogmática que informa toda a mentalidade da comunidade jurídica em relação ao Direito e ao Estado.

A princípio, a doutrina kelseniana parece ultrapassada e sua influência parece ter se dissipado no tempo. Entretanto, verifica-se que a ausência de um referencial crítico à doutrina dominante retira do pensador a sua percepção de antagonismo entre duas possíveis correntes. Nesse sentido, é apropriada a frase de Rosa Luxemburgo ao afirmar que “quem não se movimenta não sente as correntes que o prendem”, de modo que o juspositivismo foi lentamente absorvido pelo pensamento jurídico como um todo e seus principais críticos perderam combatividade.

Luiz Fernando COELHO elucida que grande parte da doutrina profere um discurso de que a filosofia jurídica teria chegado ao seu fim, com o trunfo da forma liberal de Estado e com a derrocada das utopias socialistas e dos entraves totalitaristas, de forma que não haveria sentido em prolongar as discussões sobre a justiça, o Direito e o Estado. Contudo, a contemporaneidade vivencia um momento em que é clara a ocorrência de diversos obstáculos à realização da plena democracia, como a “tecnocracia, burocracia, ingovernabilidade e desvinculação da sociedade de massas do processo democrático”¹¹³. Portanto, num contexto em que não se pode reconhecer a ilusão da perfeição da sociedade, a discussão sobre os temas apontados ganha novo espaço:

“Isso não obstante, parece-me que justamente nesse contexto é que se revigora o papel da jusfilosofia, não somente porque as premissas que conduziram à decretação do seu fim estão equivocadas, como também

¹¹³ COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris / JM livraria, 2011. p. 80-81.

porque as ilações sobre sua inutilidade decorrem de uma visão distorcida de seu papel na história”¹¹⁴.

Por certo, muito se acredita que o positivismo clássico kelseniano já foi ultrapassado em virtude de uma nova postura do poder judiciário, que tem supostamente atuado de forma indiscriminada e desapegada do formalismo da legislação, porém sem critérios objetivos e diretrizes lógicas que garantam a segurança jurídica nas decisões. A atividade da cúpula do judiciário tem sido verdadeiramente ridicularizada por críticos que verificam uma grave falha no procedimento de interpretação e aplicação do Direito de maneira não criteriosa¹¹⁵. Diz-se que as teorias não positivistas como de DWORKIN e ALEXY foram mal interpretadas pela magistratura e vem sendo aplicadas sem qualquer preocupação com a coerência do Direito.

Sem sombra de dúvidas parte da crítica à atividade judicial de cúpula tem razão ao afirmar que a atuação do judiciário tem caminhado para um decisionismo não criterioso, em que a transparência na fundamentação das decisões tem sido extremamente deficiente. Contudo, não é apenas na atividade judicial de cúpula que residem os problemas do Direito. A proposta do presente trabalho versa não sobre o decisionismo que parece há muito ter se desapegado de um positivismo rígido, mas sobre a superação do próprio juspositivismo que permeia de forma oculta e ideológica todo o pensamento dogmático comum sobre o Direito.

Citando palavras de WARAT, Lênio STRECK afirma que “a dogmática jurídica sabe tudo, tem – sempre – todas as saídas, mas sempre sobra algo!!! Os sentidos não cabem na regra. A lei não está no direito, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não-dito, que pode ser tirado da ‘manga do colete interpretativo’”¹¹⁶. Essa é, portanto, a grande problemática do juspositivismo enquanto ideologia inerente ao pensamento jurídico em geral. A teoria da coerência e da completude do Direito, bem como a ideia de obediência incondicional à Lei como tal informam a

¹¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris / JM livraria, 2011. p. 82.

¹¹⁵ Sobre o tema, ver o jocoso texto de LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. 2008. Disponível em < <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>> Acesso em 18 set. 2008.

¹¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **A estória da “katchanga real”**. 2012. Disponível em < <http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>>. Acesso em 10 fev. 2012.

dogmática e o ensino jurídico como se fossem infalíveis, como se o Direito tivesse previamente a solução para todas as questões da realidade.

Mesmo com a evolução da teoria do ordenamento, em que a ocorrência de vazios e a necessidade de integração do Direito são admitidas, a ideologia positivista parece se perpetuar como pano de fundo anacrônico de toda a doutrina jurídica e se manifesta de forma deliberada, principalmente, nas supostas críticas ao chamado decisionismo. Por um lado, afirma-se que a definição de sentido das normas e ponderação de princípios devem se pautar por critérios transparentes, para que o destinatário da decisão possa saber com clareza quais os reais motivos da escolha; por outro lado, entende-se que o método e os critérios deveriam estar seguramente predispostos no Direito, em um indubitável retorno ao positivismo kelseniano, porém através de argumentos mascarados com uma nova estrutura teórica que invoca a transparência e a segurança jurídica como fundamentos universais da ordem.

No Direito do Trabalho, em especial, a perpetuação da dogmática positivista é muito mais evidente no momento em que se analisa como predomina o ensino jurídico e a doutrina juslaboral em geral no Brasil. Por um lado, reverencia-se a história do Direito Laboral como importante avanço nas relações sociais em busca de uma proteção ao hipossuficiente, ao mesmo tempo que se discute a dimensão dos benefícios legais, como por exemplo a discussão da limitação da duração do trabalho em quarenta e quatro ou quarenta horas. Por outro lado quase nada se discute sobre a incoerência de transformar em dinheiro a saúde do trabalhador em caso de insalubridade das condições de trabalho, ou na desproteção do trabalhador frente à possibilidade de dispensa imotivada como contrapartida à instituição do fundo de garantia do tempo de serviço.

Em ambos os exemplos supracitados, a ideologia positivista encontra-se arraigada na racionalidade jurídica comum. Não se fomenta discutir os motivos e efeitos políticos dessas instituições, pois o adicional de insalubridade é norma positiva e não se discute, a vedação da dispensa arbitrária carece de regulamentação, logo não gera efeitos. Em outras palavras, essa é a verdadeira face oculta do pensamento juspositivista clássico, incrustada na mentalidade não apenas dos juristas, mas de toda a sociedade.

Nesse sentido é que se entende que o decisionismo não resume toda a problemática do Direito, de modo que não se pode balisar a proposta da superação do juspositivismo à preocupação do método de aplicação do Direito que a cúpula do judiciário deve utilizar para garantir transparência e segurança jurídica. É na oculta manutenção de um pensamento arcaico, supostamente superado, mas que gera visíveis efeitos paracrônicos no direito contemporâneo, que se assenta a preocupação do presente ensaio, pelo que se passará a discutir como a integração de conteúdo material ao sistema jurídico devem sugerir uma compreensão ampliada do Direito, permitindo que o juspositivismo e o jusnaturalismo sejam verdadeiramente superados.

3.2 DIREITO LABORAL EM UMA POSTURA CRÍTICA AO JUSPOSITIVISMO

A principiologia e o direcionamento semântico do Direito do Trabalho, em especial com a sua consolidação na Constituição Federal, afeta todos os ramos da ciência jurídica, dando vida a uma lógica social que tende a se desvencilhar dos limites da legislação positiva. Em primeiro lugar, deve-se destacar a incorporação de preceitos próprios do Direito Laboral na Carta Constitucional Brasileira, como a alocação dos direitos sociais na mesma categoria e título dos direitos fundamentais ou a indicação da valorização do trabalho humano como fundamento da Ordem Econômica.

A interpretação do Sistema Jurídico à luz da Constituição Federal, em seus aspectos mais avançados, autoriza a visualização de um caráter eminentemente social, em que prima o interesse comum e o desenvolvimento socioeconômico sustentável, em detrimento da perspectiva patrimonialista, individualista e materialista característica da modernidade. Tal espírito social, por condizer com os fundamentos centrais de todo o Ordenamento Jurídico – como os já mencionados objetivos fundamentais da República – requer a adoção de uma nova postura metodológica, teórica e ideológica do pensamento jurídico, em oposição à racionalidade juspositivista clássica trabalhada nos primeiros capítulos.

O Direito do Trabalho, em sua característica social protetiva, analisado à luz da Constituição Federal, revela uma estrutura principiológica coincidente com os anseios contemporâneos de busca pelo equilíbrio socioeconômico, como barreira à autonomia da vontade ilimitada, típica de um Direito Positivo moderno. Hodiernamente, os princípios fundamentais do Direito do Trabalho são informados não apenas pela histórica luta de classes, mas são cristalizados em uma estrutura jurídica que, apesar de possuir uma característica oculta de preservação da dominação capitalista, ainda preserva seus ditames no sentido de proteger o trabalhador.

Tais princípios atribuem à Justiça do Trabalho o seu alicerce central e direcionam toda a política jurídica de proteção ao empregado. Nesse sentido preleciona Amauri Mascaro NASCIMENTO:

“Sustentam que no direito do trabalho há um princípio maior, o protetor, diante da sua finalidade de origem, que é a proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço. O direito do trabalho, sob essa perspectiva, é um conjunto de direitos conferidos ao trabalhador como meio de dar equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho, diante da natural desigualdade que os separa, e favorece uma das partes do vínculo jurídico, a patronal”¹¹⁷.

Diante de tais perspectivas, o pensamento jurídico deve pautar-se por uma visão libertadora do ordenamento, adotar novas teorias jurídicas superadoras e trabalhar com o Direito da melhor forma a tornar a sociedade mais sustentável e condizente com os primados sociais insculpidos na Constituição. A título de exemplo, o neoconstitucionalismo é uma corrente teórica contemporânea que pretende superar o positivismo jurídico em prol de uma visão mais principiológica e social do Direito. Contudo, essa corrente jusfilosófica promissora não será objeto do presente estudo, uma vez que seus preceitos próprios são muito mais abrangentes e caminharão ao lado das ideias que se pretende discutir aqui.

De toda forma, o faz-se necessário um apontamento dos principais obstáculos do juspositivismo ao desenvolvimento econômico-socioambiental

¹¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 366.

proclamado nessa aludida principiologia político-ideológica do Direito do Trabalho enquanto vetor de proteção do trabalhador.

Conforme foi brevemente analisado no primeiro capítulo, o positivismo jurídico, enquanto método de análise do Direito, pretende-se neutro e acrítico em relação ao conteúdo das normas, utilizando-se de critérios unicamente formais de verificação de validade. Tal característica, associada a uma teoria juspositivista, que prega a coerência e completude do Ordenamento, abre espaço para um pensamento normativista restrito, ou legalista. Assim sendo, a regulamentação positiva do Direito do Trabalho, ainda que de natureza mista – mesclando normas autônomas e heterônomas – passa a ser aceita pela comunidade jurídica como fonte universal de Direito, acarretando, inclusive no engessamento dogmático da doutrina juslaboralista. Tarso GENRO preleciona:

“O Direito passa a ser, como indica Bodenheimer, apenas um aparelho mecânico ‘capaz de proteger e sancionar qualquer arabouço social, político ou econômico’. Lei e Direito perdem a sua dualidade e sua contraditoriedade e o Direito fica absorvido na própria Lei. Omite o positivismo de Kelsen que, em todas as épocas, o direito foi construído em função de situações conflitivas entre as classes antagônicas, alternando consenso e violência (ambos contidos um no outro), e que o Direito emergente com as classes revolucionárias sempre foi superior ao precedente e esta superioridade só pode ser concebida a partir de ‘um ponto de vista de classe’”¹¹⁸.

Fica claro, portanto que a ideologia positivista oculta nos predicados teóricos que influenciam todo o pensamento jurídico e a dogmática auxilia na perpetuação e legitimação do status social, através de uma estrutura de interdependência entre o modo de acumulação e a forma de conceber o Direito. Na realidade, a própria construção do Direito Laboral, influenciada pelo positivismo sociológico comtiano representa uma aceitação do exercício do poder da classe burguesa sobre a classe operária.

Conforme foi brevemente sugerido no item anterior, a formação da regulamentação do Direito do Trabalho surgiu da luta de classes em que o proletariado buscava melhores condições em razão da exploração pela classe burguesa. Entretanto, o espírito positivista descrito por Auguste Comte teve

¹¹⁸ GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao Direito**: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 27.

importante papel no imaginário econômico-social que circundou a origem do Direito do trabalho, conforme descreve Roberto FRAGALE FILHO ao firmar que as previsões positivistas de incorporação do proletariado à sociedade ditavam que o poder deveria ser entregue aos líderes da burguesia, para que estes controlassem a sociedade de forma altruísta e inclusiva, de modo que os frutos do trabalho não seriam acumulados exponencialmente pelos donos do capital, pois seriam distribuídos para toda a sociedade:

“Segundo tal visão, ‘os industriais e seus financiadores seriam os missionários de um novo credo, que Saint-Simon julgava ainda cristão, e pelo qual, as classes mais numerosas e sofredoras seriam incorporadas e protegidas pela sólida união d Indústria e Governo’. Os resultados de tal combinação não proporcionariam acumulação privada de capital, porquanto seriam distribuídos em consonância com o espírito altruísta desta nova sociedade”¹¹⁹.

Por obvio, o ideal positivista de distribuição altruísta da riqueza e incorporação do proletariado à sociedade não se concretizou, gerando uma inevitável perda de aderência entre a proposta positivista e a realidade, o que foi duramente criticado por Marx e Engels¹²⁰, uma vez que o papel histórico da classe operária seria negligenciado. O mesmo pode-se dizer em relação à positivação das normas trabalhista através do já mencionado discurso de outorga de benefícios legais por parte do Estado, retirando do trabalhador o seu papel como agente ativo das relações sociais.

No mesmo passo, a elaboração de uma teoria jurídica positivista, contendo todos os preceitos supracitados, representa uma apropriação da combatividade social por parte do Estado em favor da dominação burguesa, de modo que a forma de apreender a atuação Estatal e o fenômeno do Direito são induzidas a uma neutralidade crítico-política fomentada e desejada por todos os adeptos do juspositivismo e, inclusive, por aqueles que inconscientemente sorvem o ideal kelseniano apesar de proferir um discurso pseudo-crítico. Não se olvide que parte da ideologia juspositivista foi tacitamente absorvida pelo pensamento jurídico de forma

¹¹⁹ FRAGALE FILHO, Roberto da Silva. **A Aventura Política Positivista**: um projeto republicano de tutela. São Paulo, LTr, 1998. p. 89.

¹²⁰ FRAGALE FILHO, Roberto da Silva. **A Aventura Política Positivista**: um projeto republicano de tutela. São Paulo, LTr, 1998. p. 90.

inconsciente em razão da estagnação dogmática¹²¹ e pela enganosa ideia de que seus preceitos já foram superados¹²².

Em primeiro lugar, a ideia da pureza metodológica, da depuração da ciência jurídica de todas as outras áreas do conhecimento afasta a possibilidade de averiguação da aderência do Direito com a realidade social¹²³. A separação entre o Direito e a economia, a sociologia, a política, retira de qualquer intérprete – inclusive o cidadão comum, trabalhador, ou qualquer pessoa que analise a realidade jurídica – o referencial material do propósito de correção do ordenamento. Nesse sentido, para o positivismo jurídico, a proposta de redução das desigualdades sociais não pode ser averiguada como parâmetro para a avaliação das normas.

Desta forma, o método jurídico positivista enquadra-se perfeitamente na postura estatal burguesa de conceder à classe trabalhadora poucos benefícios, para que o homem comum entenda que progresso está sendo feito, sem questionar o fato de que o trabalhador continua inferiorizado e subordinado ao poderio da classe empresarial. Em outras palavras, o positivismo jurídico serve de escudo para o atrito entre a realidade social e o Direito posto, eis que seu conteúdo é ignorado pela ciência jurídica e pelo homem comum que tenha sorvido, ainda que inconscientemente, seu método.

Do mesmo modo, o juspositivismo enquanto teoria jurídica e definição do Direito utiliza-se de predicados teóricos para a compreensão do sistema jurídico de forma reducionista e estagnada. A título de exemplo, a teoria legislativa do Direito, que compreende o Estado como única fonte legítima da ordem, subordinando as normas autônomas à sua chancela, auxilia a retirar do trabalhador organizado a sua combatividade, através de duas premissas: a) as manifestações de atrito entre a classe empregadora e a operária, como o direito de greve, é regulamentado e limitado pela legislação estatal positiva¹²⁴, de forma que o próprio poder de ação social do trabalhador é refreado pelo ordenamento; b) o mito da outorga e a concessão de pequenos benefícios legais ao proletariado resfriam o ímpeto do

¹²¹ LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982. p. 11.

¹²² COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris / JM livraria, 2011.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 279.

¹²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1322.

trabalhador em lutar por melhores condições, ainda que a consciência da classe perceba de forma lenta que o Direito ainda tem de ser modificado para alcançar os anseios sociais, contudo, os predicados juspositivistas de neutralidade política retirem da comunidade jurídica em si a postura volitiva de modificar o Direito em seu conteúdo material.

A própria definição de Direito, através das teorias imperativa e coativa – que definem a norma jurídica como aquela que impõe uma ordem de conduta versando sobre uma coação – ainda que tenha sido desenvolvida ao longo do tempo e evoluído para noções mais abrangentes de Direito¹²⁵, como em HART, auxiliou na estagnação do *status quo* social, uma vez que a concepção do direito restou limitada à norma posta. Sem que houvesse uma compreensão ampliada do Direito, que aceite que mesmo uma norma de conduta sem sanção ou um princípio geral devem gerar efeitos jurídicos, falhas no sistema jurídico como a já mencionada norma que define o número máximo de horas extras foram dolosamente ignoradas tanto pela dogmática quanto pelos próprios destinatários da determinação: os empregadores.

Por certo, as mencionadas teorias praticamente não mais limitam a concepção de Direito às normas imperativas e coativas, mas seus efeitos anacrônicos perduram até os dias de hoje. A título de exemplo, é consenso geral, inclusive para positivistas como HART¹²⁶, para o judiciário e para os juristas brasileiros, que os princípios fazem parte do Direito com efeitos jurídicos claros, porém é desconhecida qualquer interpretação prática que tenha levado à verdadeira limitação das horas extras diárias ao número de duas em razão de algum princípio que tenha integrado a lacuna apontada. Em outras palavras, por mais que se invoque a superação do positivismo kelseniano, é inegável que a sua ideologia e seus efeitos prático-teóricos se perpetuaram no tempo.

No mesmo sentido, as teorias da coerência e da completude, que serão tratadas mais especificamente adiante, sempre tiveram o condão de perpetuar a dominação capitalista mascarada no Direito positivo, transferindo não apenas para o

¹²⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 47.

¹²⁶ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 80.

pensamento da comunidade jurídica, mas de toda a sociedade em geral a noção de que todas as soluções das questões sociais são encontradas no Direito e não fora dele. Assim, enquanto for o Estado o provedor da ordem, inclusive na outorga de permissão para as normas autônomas, a combatividade da classe operária é refreada pela expectativa da tutela estatal, seja através da atividade legislativa ou judicial. Nesse sentido, Roberto FRAGALE FILHO demonstra como o ideal positivista de uma burguesia altruísta, apesar de não ter se concretizado como utopia, conformou a realização de um Direito baseado sempre na tutela estatal:

“se a sociedade altruísta idealizada por Comte não se realizou, o seu ideal de incorporação ao proletariado na sociedade moderna, com a supressão da luta de classes, proporcionadora de uma veneração dos fortes pelos fracos e proteção dos fracos pelos fortes, alcançou retumbante sucesso. Certo é, por conseguinte, que, se não se chegou à coexistência doce e harmoniosa de operários e patrões idealizada pelo grande mestre, deixou seus sulcos na prática política estatal e em todos os projetos nacionais que, mesmo quando de cunho liberal, não deixaram nunca de incluir entre seus tópicos a salvaguarda do proletariado pelo Estado, em sentido verdadeiramente tutelar. Ou, em apenas uma palavra, positivista”¹²⁷.

Evidente, portanto, a relação entre o estado de dominação capitalista e os ideias do positivismo sociológico – que sustentava a utopia de que conferindo poder à classe burguesa, esta seria altruísta e promoveria o desenvolvimento da classe trabalhadora – e do positivismo jurídico – que assegurou ideologicamente através de predicados teóricos e metodológicos que o foco de interesse jurídico seja unicamente o Direito positivo, retirando a perspectiva crítica do pensamento jurídico em geral, especialmente na dogmática¹²⁸.

Por outro lado, o desenvolvimento da jusfilosofia e de todo o contexto jurídico brasileiro, verifica-se uma nova fronteira que compreende um dualismo entre a permanência de uma ideologia juspositivista oculta e um novo arcabouço jurídico repleto de princípios sociais e valores materiais, bem como novas formas de compreensão do Direito. Nesse contexto, com o advento de uma filosofia jurídica inovadora e, tendo em vista a constitucionalização de ideais sociais – como a

¹²⁷ FRAGALE FILHO, Roberto da Silva. **A Aventura Política Positivista**: um projeto republicano de tutela. São Paulo, LTr, 1998. p. 100.

¹²⁸ GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao Direito**: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 27.

construção de uma sociedade livre justa e solidária –, a realidade jurídica não pode ficar adstrita a um normativismo positivista, sob pena de perda de aderência do sistema com a realidade fática. Por tal motivo, exsurge a necessidade de um pensamento superador que, ultrapassando as barreiras da racionalidade legal-formal, desenvolva uma ideologia do Direito voltada para a realidade social, sem o balizamento dos ditames positivistas.

Nessa mesma perspectiva, tem-se uma gama de correntes contemporâneas que pretendem superar o positivismo jurídico. Contudo, não é objetivo do presente trabalho filiar-se a uma dessas propostas em detrimento das demais, nem mesmo tratar especificamente dos seus argumentos, mas apenas traçar um esboço de como o Direito do Trabalho pode permear e instrumentalizar uma modificação do paradigma juspositivista.

3.3 IDEOLOGIA POSITIVISTA NAS BASES DO PENSAMENTO JURÍDICO

O primeiro ponto do positivismo jurídico que se pretende enfrentar é a ideia de neutralidade científica correlata com o método positivista e fortemente presente em sua ideologia. Kelsen propõe a separação entre o direito e tudo que não seja considerado jurídico, ou normativo. Nesse sentido, o conteúdo das normas, enquanto valor, é considerado irrelevante para qualquer análise do Direito. Amélia ROSSI lembra:

“Como é sabido, Hans Kelsen provém do círculo neopositivista de Viena ou positivismo lógico. Segundo essa orientação filosófica, só é racional e compreensível tudo aquilo que possa verificar-se racionalmente, assim, considerações valorativas sobre o conteúdo de normas se ausentam de sentido nesta perspectiva”¹²⁹

Por esse motivo, o autor austríaco traça toda uma teoria acerca da pureza metodológica da ciência, propondo o seu completo afastamento de preceitos

¹²⁹ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 37.

externos como a “psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política”¹³⁰. De fato, o princípio máximo da Teoria Pura do Direito é a pureza metodológica e o consequente afastamento da ciência jurídica da moral. Nesse diapasão, KELSEN propõe que, aos olhos positivistas, o Direito é fato, pouco importando se é moral – justo – ou não:

“A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral - no sentido acabado de referir, isto é, justo -, mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita a exigência de que o Direito deve ser moral”¹³¹.

Assim, ao tratar o Direito como valor, KELSEN admite que o conteúdo das normas jurídicas pode ser descrito como parte da moral, ou intrinsecamente relacionado a ela. Entretanto, para a ciência do direito, deve haver uma neutralidade, segundo a qual são relevantes apenas os juízos de fato, e não os juízos de valor¹³². Desta forma, o intérprete do direito não deve se ocupar com o conteúdo das normas, mas apenas com a sua forma: “O dever-ser jurídico puro não possui nenhuma classe de conteúdo e por isso pode suportar qualquer conteúdo. O dever-ser como categoria jurídica possui um caráter puramente formal, sendo apenas uma estrutura lógica”¹³³.

A principal consequência dessa linha de pensamento não afeta unicamente a ciência jurídica como observação inerte do Direito. Sua integração na teoria jurídica – a qual define o próprio conceito de Direito e o seu funcionamento – fundamenta todas as dimensões teóricas já mencionadas quando se tratou do positivismo como teoria do Direito.

A título de exemplo, a ideia de considerar o Estado como única fonte legítima de Direito – teoria legislativa – está estreitamente ligada com a separação entre o Direito e os valores externos, uma vez que se entende que valores sociais e preceitos morais não podem ser dotados de normatividade jurídica. A proposta de

¹³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 2.

¹³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 72-73.

¹³² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135.

¹³³ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 38.

neutralidade científica, outrossim, acaba por velar a ideologia de manutenção do *status quo* em favor dos modos capitalistas de exploração, como bem adverte WOLKMER: “os postulados da neutralidade valorativa e da pureza metódica encobrem uma elaboração de cunho ideológico-burguês, apropriada à imutabilidade de qualquer *status quo* vigente”¹³⁴.

Na mesma esteira a incorporação à ideologia positivista da ideia de separação entre preceitos materiais e o Direito, enquanto forma de querer o Direito, fundamenta toda a linha de pensamento que pretende prescrever como o homem deve olhar e interagir com o a realidade jurídica. A noção de obediência incondicional à lei enquanto tal possui a mesma característica fundamental, de enaltecer a lei formal estatal como fonte primordial do Direito em detrimento de qualquer outro preceito de ordem moral, pelo que não se deve questionar o conteúdo das normas, considerando-se que é justo o que é válido – legal.

Diante dessa linha de pensamento e considerando a predominância absoluta do pensamento positivista na comunidade jurídica, grande parte da doutrina e jurisprudência em geral incorporou a ideologia positivista como forma de pensar e querer o Direito, nos moldes de seus preceitos vinculados à racionalidade legal-formal. Cristalizou-se a ideia de que o comportamento positivista é o meio por excelência para assegurar a certeza e a segurança jurídica. Porém, esta mesma noção de segurança jurídica fundamentou e assegurou a dominação burguesa através do normativismo que regulamenta a sociedade única e exclusivamente em favor da manutenção do modelo de exploração capitalista, o que não passou despercebido pela análise crítica de Roberto LYRA FILHO:

“O mito da neutralidade, já dissecado pela teoria sociológica sem compromissos alienadores, é apenas a máscara solene do adesismo, enquanto se recusa a ver e proclamar a ilegitimidade das prepotências – com o que revigora a dominação crua, por outro lado recusando-se a qualquer iniciativa tendente a alterar o *status quo*”¹³⁵.

¹³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 179.

¹³⁵ LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982. p. 12.

Impende ressaltar que a cultura jurídica tem sido fortemente influenciada pela corrente juspositivista, consolidando-se em um “repertório fixo e imóvel de dogmas, propiciando a concepção da ‘dogmática jurídica’ como um mero conjunto de normas”¹³⁶. Mesmo a comunidade não jurídica, como a burguesia capitalista, incentivou a postura positivista do Direito, uma vez que o modelo de acumulação exigia que o ordenamento fosse certo e previsível. Não se olvide que o advento do Estado Moderno, da racionalidade formal e, conseqüentemente, do positivismo, tem suas origens nas bases do capitalismo¹³⁷, que sempre dependeu da noção de segurança jurídica, e formam uma relação de interdependência que representa o mais eficaz instrumento de manutenção da ordem de dominação. No mesmo sentido ensina WARAT:

“Através da exaltação deste valor (segurança) busca-se legitimar o exercício do poder socialmente dominante, o qual se apresenta como seu legítimo guardião sendo todos os seus atos intrinsecamente justos por serem legais, vale dizer, não arbitrários porque contidos nos marcos das normas gerais”¹³⁸.

A ideologia política do positivismo esteve presente até mesmo na tão aclamada Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1988. O princípio insculpido no inciso “II” do art. 5º da Carta Magna disciplina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹³⁹. Da mesma forma, a secular noção da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade caminham ao lado dos preceitos positivistas de racionalidade normativa, entrando em inexorável crise com o advento de uma nova racionalidade voltada para o bem coletivo¹⁴⁰.

Ao olhar o Direito do Trabalho sob a perspectiva contratualista, por exemplo, pode-se afirmar que o princípio informador da teoria geral dos contratos tem

¹³⁶ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 43.

¹³⁷ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 23

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 53.

¹³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 out. 1988.

¹⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002. Vol. II. p. 406.

influenciado as diretrizes justralhistas ao longo dos séculos, ainda que tenha sofrido grande modificação e adaptação à realidade social do Direito do Trabalho¹⁴¹. Por outro lado, a racionalidade normativista característica do juspositivismo tem legitimado a limitação das relações “transcontratuais”¹⁴² aos moldes da legislação posta, inclusive no que diz respeito à autonomia coletiva e às normas autônomas.

Sob qualquer ângulo que se analise, o ordenamento jurídico brasileiro e a racionalidade a ele atrelada estão impregnados com a ideologia e os preceitos da teoria juspositivista. Em qualquer esfera de aplicação prática do Direito, em especial em meio à comunidade jurídica, é quase unânime a postura de separação entre Direito e preceito materiais, como o de justiça social. Por estas razões, entende-se que a influência do positivismo Kelseniano permanece vigente até dias atuais.

Nesse sentido, em que pese tenha sido esclarecido nos capítulos anteriores que a pretensão de Kelsen era criar apenas uma visão neutra do Direito, e não um Direito neutro, entende-se que a extensão da ideologia implícita neste pensamento leva grande parte dos juristas a manter uma postura acrítica sobre o ordenamento, aceitando o Direito posto como único Direito e não ousando almejar uma solução de como o Direito deve ser modificado. WARAT enuncia que apesar do véu teórico que reveste a teoria positivista, “os conceitos epistemológicos produzidos sobre o direito não podem escamotear a relação real das forças sociais em luta, nem o caráter setorial das doutrinas jurídicas dominantes”¹⁴³.

Assim, fica claro que o pensamento juspositivista condiciona a mente e a razão dos intérpretes do Direito-objeto a deificar o ordenamento posto sem discutir sobre as suas origens políticas, valores intrínsecos, ideologia implícita, noções de ética e justiça legitimadas pela validade formal. Desta forma, o positivismo jurídico torna-se uma ideologia mistificadora capaz de mascarar qualquer proposição suprajurídica velada no Direito, como a dominação social, a manutenção da exploração capitalista, etc. Nesse sentido insurge-se Luis Alberto WARAT:

¹⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. P. 188.

¹⁴² Utiliza-se no presente ensaio o termo “transcontratuais” às situações corriqueiras das relações trabalhistas que ultrapassam a esfera das obrigações contratuais, mas que continuam limitadas à regulamentação normativa positiva.

¹⁴³ WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 36.

“Quando a teoria kelseniana transporta o problema da justiça para os âmbitos de validez, portanto para uma esfera aparentemente objetiva, obscurece com as suas omissões toda a força ideológica deste tema. Estimula uma atitude maniqueísta que pode, também, favorecer uma postura ideológica empenhada em ocultar a função do direito como técnica de controle social a serviço da manutenção da ordem existente. Quando se marginalizam determinadas linhas de investigação, quando alguns problemas não são teorizados, longe de se contribuir para a desmitificação de uma região temática valorizam-se primitivas construções imaginárias e se impede superar as ilusões que ocultam o jogo real das determinações”¹⁴⁴.

Pode-se dizer que o positivismo jurídico, revestido de um discurso de neutralidade e impessoalidade axiológica, indicando no Estado a fonte das normas inquestionáveis, remonta ao absolutismo de Hobbes, como bem compara BOBBIO: “Para Hobbes é mesmo verdade que é justo o que é comandado, apenas pelo fato de ser comandado; é injusto o que é proibido, apenas pelo fato de ser proibido”¹⁴⁵.

Nesse mesmo sentido, a ideia da obediência absoluta à Lei como tal remonta à noção de renúncia incondicional da liberdade individual em favor do soberano, também presente na obra de Thomas Hobbes. Representa um enaltecimento do quase místico poder atribuído ao soberano – o Estado em se tratando de uma sociedade contemporânea – de controlar e promover a “ordem”, como preleciona Oliver DUHAMEL:

“Isso significa reconhecer como minhas todas as ações, quaisquer que sejam, realizadas por esse soberano. Eu sou o Autor de todos os atos realizados por meu soberano; ele é meu Representante. A unidade do corpo político consiste nisto: todos têm um Representante, o Soberano, que é a alma desse corpo artificial”¹⁴⁶.

Assim, para que se possa falar em modificação do Direito e da forma de pensar o Direito em caminho da sustentabilidade socioeconômica, é necessário que haja uma superação do pensamento positivista, eis que a teoria da neutralidade científica e metodológica, carregada de uma ideologia de obediência e mistificação

¹⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 38.

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

¹⁴⁶ DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne. **Dicionário de obras políticas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. p.496.

da legitimidade do Direito posto, acaba por sustentar a manutenção do status de dominação e diferenciação social vivenciado desde o advento do capitalismo.

3.4 O DIREITO DO TRABALHO FRENTE À INCOMPLETUDE DO SISTEMA E O PENSAMENTO LEGALISTA

Conforme foi analisado nos itens anteriores, o positivismo jurídico, enquanto teoria, teve o papel de elaborar uma forma de analisar e compreender o Direito sob um olhar neutro e científico. Não obstante, a própria noção de neutralidade vem carregada de uma ideologia política, enquanto maneira de querer o Direito. A forma de pensar o “jurídico”, tanto pela comunidade jurídica, quanto para todos os demais cidadãos, revestiu-se, portanto, de um discurso mistificador, reconhecendo o Direito posto como primado universal e inquestionável, de forma a retirar do intérprete o ímpeto de criticar o ordenamento e indicar como ele deveria ser. Nessa perspectiva, perpetuou-se a dominação do Estado, com todos os seus interesses políticos intrínsecos, e a manutenção da forma de exploração e acumulação capitalista.

No que diz respeito ao Direito do Trabalho, verifica-se a sua potencial característica de adaptação histórica ao contexto social. Apesar de existir, outrossim, uma mistificação do discurso protetivo e uma ocultação da manutenção da dominação capitalista, o ordenamento Estatal foi historicamente mais dinâmico em relação às lutas de classes e às aspirações sociais do que outras cearas do Direito.

Contudo, a racionalidade normativista e positivista parece manter seu império mesmo nas relações sociais trabalhistas. Nesse sentido, mesmo a sistemática de inter-relação entre normas autônomas e heterônomas parece estar limitada ao pensamento juspositivista quanto ao conceito e completude do Direito. Não se vislumbra, portanto, uma total desvinculação do pensamento formal-normativista por parte dos pensadores juslaboralistas.

Ressalte-se que a consideração das normas autônomas¹⁴⁷ como fonte legítima de Direito não representa uma fuga da teoria legislativa atinente ao positivismo jurídico, conforme lembra DELGADO: “É curioso perceber que tal classificação examinada foi sugerida pelo mesmo monista *Hans Kelsen*, indicando que o próprio monismo reconhece a força da distinção que busca esmaecer^{148,149}”.

Conforme foi analisado acima, a teoria legislativa não exclui a existência de normas não produzidas diretamente pelo procedimento legislativo estatal, mas prega a supremacia da ordem estatal sobre as fontes do Direito¹⁵⁰. Desta forma, as chamadas normas autônomas, típicas do Direito Coletivo do Trabalho, possuem sua fundamentação e legitimidade na autorização da sua formulação no ordenamento heterônomo – estatal. BOBBIO lembra: “a complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta em qualquer sociedade é tão grande que não existe poder (ou órgão) capaz de satisfazê-la sozinho”¹⁵¹.

Em outras palavras, o sistema juslaboral que admite como jurídicas as normas elaboradas diretamente pelos sujeitos da relação ou seus representantes não foge à teoria positivista, mas apenas representa uma especificidade do ordenamento em que uma norma estatal autoriza e legitima a construção e vigência de uma norma autônoma. Assim, as normas decorrentes da autonomia coletiva – ou mesmo da autonomia privada – são absorvidas pelo ordenamento positivo estatal¹⁵².

Destarte, ao analisar o panorama do sistema jurídico trabalhista, verifica-se que há inequívoca predominância dos preceitos positivistas. Mesmo quando se trata da aplicação de princípios consagrados na ciência juslaboral, há forte oposição à fluidez do sistema jurídico por parte dos normativistas, que esperam da regulamentação formal a solução para todos os problemas da sociedade.

Um grande exemplo que se pode tomar acerca da supremacia do pensamento positivista no Direito do Trabalho é a supressão da garantia à relação

¹⁴⁷ Por normas autônomas entende-se aquelas em que não há participação direta do Estado, mas dos próprios destinatários das relações. Toma-se como exemplo as convenções e acordos coletivos de trabalho, que são firmadas diretamente entre os representantes das classes trabalhista e patronal.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria General del Estado**. *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 131

¹⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 131.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 162.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 202.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 204.

de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no inciso “I” do art. 7º da Constituição da República¹⁵³. Quanto a esta questão, tem-se que os direitos sociais são alocados na mesma categoria dos direitos fundamentais elencados no art. 5º do mesmo diploma, portanto, teriam aplicabilidade imediata, conforme enfatiza Alexandre de MORAES:

“A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no §1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, consequentemente, inviabilize seu exercício”¹⁵⁴.

Contudo, a segunda parte do dispositivo vem sendo interpretada sob uma forte influência legalista desde a promulgação da Carta Política. Vale destacar que se está falando de um preceito expresso positivado na Constituição, e não de um princípio abstrato cuja interpretação poderia ser múltipla. Contudo, a ideologia positivista mencionada nos itens anteriores deu espaço a um pensamento verdadeiramente legalista¹⁵⁵, atrelado ao texto expresso da lei formal como única forma de Direito.

Por esse motivo, a segunda parte do dispositivo constitucional, a qual vincula a regulamentação de indenização à elaboração de lei complementar, foi interpretada de forma absolutamente restritiva, retirando de todo o preceito a sua aplicabilidade enquanto não houver lei formal que venha o regular.

Sob a égide de uma racionalidade jurídica desvinculada de preceitos normativistas e mais comprometida com o *geist* social da Constituição, a principiologia fluida do Direito do Trabalho – ou seu direcionamento semântico no sentido social-protetivo – levaria à conclusão imediata de que, desde a promulgação

¹⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 7º, I: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

¹⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 177.

¹⁵⁵ Utiliza-se aqui o termo “legalista” como uma perversão do próprio pensamento positivista. Enquanto este último fundamenta-se em uma teoria legislativa que afirma que a norma posta estatal é fonte principal de Direito, aquele primeiro encontra no texto expresso da lei formal a única forma de se conceber o Direito.

da Carta Constitucional, qualquer dispensa imotivada ou arbitrária é vedada. Somente a aludida “indenização” careceria de regulamentação própria¹⁵⁶.

Trata-se de um clássico exemplo em que a ideologia positivista, é absorvida pela razão jurídica dos intérpretes de forma exacerbada e impede a fluidez do sistema e o melhoramento das condições sociais, servindo como verdadeira manutenção da dominação capitalista. Destarte, preceitos valiosos como a dignidade da pessoa humana, a segurança do emprego e da estabilidade econômica são postas de lado em razão de uma mentalidade voltada para a Lei formal como única fonte de Direito, conforme preleciona Marlene SUGUIMATSU:

“a quase sepultada definição doutrinária e jurisprudencial sobre o art. 7º, I, e a inércia do legislador, neutralizam a sensata proposta constitucional, que se deu em evidente elogio à vida, à segurança, à integridade e à dignidade do sujeito mais frágil da relação”¹⁵⁷.

Não obstante à característica visivelmente principiológica da Constituição Federal, diversas teorias sobre aplicabilidade contida e limitada da Constituição são emprestadas pelos doutrinadores juslaboralistas para mascarar a continuidade da dominação capitalista em nome de um desgastado discurso de segurança jurídica. Por outro lado, há autores que, acertadamente, defendem a aplicabilidade imediata da Constituição, em consonância com o seu espírito social e principiologia aberta, desvinculada do normativismo positivista:

“A defesa da aplicação imediata do art. 7º, I, encontra apoio em autorizada doutrina de Direito Constitucional – de que não há, definitiva e absolutamente não existe, norma constitucional destituída de eficácia, ainda que em grau mínimo.. Tanto é assim que, mesmo nas hipóteses em que a Constituição faz referência À lei complementar, a simples entrada em vigor do dispositivo constitucional revoga toda e qualquer disposição em contrário”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho, à luz da Constituição Federal de 1988. In: VILLATORE, Marco Antônio César (coord.); HASSON, Roland (coord.); ALMEIDA, Ronald Silka de (org.). **Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois:** Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. p. 59.

¹⁵⁷ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki. Relação de emprego e (des)proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa: o art. 7º, I, da Constituição. In: VILLATORE, Marco Antônio César (coord.); HASSON, Roland (coord.); ALMEIDA, Ronald Silka de (org.). **Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois:** Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. p. 175.

¹⁵⁸ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki. Relação de emprego e (des)proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa: o art. 7º, I, da Constituição. In: VILLATORE, Marco Antônio

Contudo, o exemplo ora trazido serve apenas para demonstrar como a ideologia positivista pode ser exagerada e acabar por distorcer os próprios preceitos da teoria positivista, como a teoria legislativa ou a teoria da completude do Direito. Salienta-se que o caso aqui trazido não representa verdadeira incompletude do ordenamento jurídico – eis que existe norma expressa aplicável – mas apenas uma clara consequência do pensamento positivista enquanto ideologia, e não enquanto teoria ou método. BOBBIO esclarece que:

“Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso [...] Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular cada que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema”¹⁵⁹.

Assim, pela própria noção juspositivista de completude, a norma constitucional apontada serviria como solução para a questão da dispensa arbitrária ou sem justa causa, eis que há uma disciplina normativa que proíbe o comportamento em questão, delegando para a legislação infraconstitucional a delimitação das sanções aplicáveis ao caso. Não se trata de ausência de norma.

Desta forma, verifica-se que mesmo onde não há verdadeira incompletude, a racionalidade formalista, legalista, decorrente da ideologia positivista leva à interpretação do Direito como um sistema estático fora do qual não se podem encontrar soluções jurídicas para os problemas da sociedade real.

Por outro lado, onde ocorre verdadeira incompletude, apenas a libertação do pensamento positivista restritivo pode encontrar soluções que se coadunem com as necessidades sociais e os anseios de sustentabilidade característicos do século XXI. Nessas situações, entende-se que o ordenamento jurídico não é suficiente para atender às questões decorrentes da realidade fática. Os pensadores positivistas entendem que diante de uma ausência do ordenamento, ou encontra-se uma

César (coord.); HASSON, Roland (coord.); ALMEIDA, Ronald Silka de (org.). **Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois**: Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. p. 176.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 271.

situação juridicamente irrelevante¹⁶⁰, ou o intérprete deve encontrar no próprio ordenamento outra norma que solucione o problema¹⁶¹.

Contudo, existem situações que decorrem da realidade e nem por uma ou por outra teoria positivista o ordenamento jurídico é capaz de solucionar a questão. Dinaura Godinho Pimentel GOMES enfatiza:

“As necessidades sociais e os diversos conflitos que abordam interesses e valores, de modo permanente, vão gerando novos direitos, tanto no âmbito interno de cada Estado-nação quanto no âmbito internacional. Daí decorre que o Direito não pode ser abordado apenas dentro de um sistema fechado, considerado completo e perfeito”¹⁶².

Da mesma forma, Tarso GENRO entende que é um equívoco do pensamento positivista entender o Direito como ordem estática e concreta, quando na realidade, está subordinada à história dialética:

“Desta forma, a ideologia jurídica da burguesia, parte integrante de todas as correntes filosóficas burguesas e dos mais variados tipos e subespécies de positivismo, não entende a sua legalidade jurídica e os princípios jurídicos que lhe informam como transitórios. Esta ideologia omite que o objeto ‘sistema jurídico’, como Direito é, ao mesmo tempo resultado de um processo e *ainda* um processo. Ou seja, que mesmo as suas normas e princípios singulares incidem e existem sobre fenômenos históricos e concretos e que estes fenômenos *não são criações de ordem jurídica e da legalidade burguesa*; ao contrário, são as determinações mais íntimas do Direito *que se movimentam*, pois *também o presente é histórico*, isto é, mutável, e nunca é o mesmo em cada momento do tempo histórico”¹⁶³.

Por essa razão ao tratarmos do pensamento positivista face à realidade, é importante indicarmos duas formas de incompletude, ao contrário das teorias tradicionais que trabalham o ponto apenas versando sobre as lacunas da lei¹⁶⁴. Em primeiro lugar, o tema mais corriqueiramente estudado é o da ausência ou

¹⁶⁰ *Teoria do espaço jurídico vazio*. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 208.

¹⁶¹ *Teoria da norma geral exclusiva*. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 209.

¹⁶² GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 30.

¹⁶³ GENRO, Tarso. Introdução crítica ao Direito: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 22-23.

¹⁶⁴ Norberto BOBBIO, em sua *Teoria Geral do Direito*, e Hans Kelsen em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* tratam apenas dos casos em que há ausência de norma específica para determinada situação, classificando-os como lacunas no ordenamento.

insuficiência formal de normas, o que chamar-se-á de “incompletude quantitativa”; em segundo uma questão pouco polemizada diz respeito à insuficiência do conteúdo das normas, o que será tratado como “incompletude qualitativa”.

3.5 AS INCOMPLETUDES DO ORDENAMENTO E A PRINCIPIOLOGIA JUSLABORAL

No que diz respeito à incompletude do Ordenamento Jurídico, diversos autores tratam o tema sob a perspectiva das lacunas da Lei. BOBBIO resume o apontamento sobre a questão da completude do ordenamento na perspectiva juspositivista com a seguinte proposição: “Afirmar que o ordenamento jurídico é completo significa, pois, negar a existência de lacunas na lei”¹⁶⁵. Enfatiza, ainda que “a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um determinado comportamento, nem a norma que o permite”¹⁶⁶.

KELSEN afirma em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* que a ideia de lacuna na ordem jurídica é uma ficção¹⁶⁷. Afirmar que quando surge um problema não regulamentado por uma norma jurídica geral, o intérprete pode deixar de resolver a questão, por se tratar de fato juridicamente irrelevante – o que significa que não há verdadeira lacuna –, ou atuar como legislador e criar uma norma individual que não coincide com qualquer norma geral – de forma que essa atividade também não é preenchimento de lacuna, mas criação e interpretação do próprio ordenamento¹⁶⁸.

Nesse sentido, é possível verificar que, de acordo com o pensamento positivista, o sistema jurídico é único e completo, não comportando lacunas. Assim, ao enfrentar questões levantadas às quais não corresponde qualquer norma jurídica formal, aplica-se a chamada “teoria do espaço jurídico vazio”, que considera a

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 208.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 271.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 149.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 150.

questão como juridicamente irrelevante, ou a “teoria da norma geral exclusiva”, segundo a qual uma norma que proíbe determinada conduta está automaticamente autorizando todas as demais¹⁶⁹, e vice versa. Conforme visto, KELSEN ainda admite que o intérprete só precisa criar uma norma individual para resolver a questão do ponto de vista formal.

Para o pensamento positivista, “a completude não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica: a certeza”¹⁷⁰. As teorias juspositivista tentaram, na realidade, esquivar-se da ideia de lacunas na lei, desenvolvendo complexas formas de retirar do olhar jurídico a noção de incompletude do sistema jurídico.

Nessa complexa controvérsia jusfilosófica, de um lado os juspositivistas clássicos afirmam a completude do ordenamento, não admitindo qualquer vácuo no sistema que permita a absorção de preceitos assim considerados extrajurídicos; do outro, diversas correntes doutrinárias criticam a noção de completude, afirmando que não existe ordenamento uniforme e completo, capaz de solucionar todas as questões da sociedade.

De qualquer forma como foi sugerido nos itens anteriores, a discussão parece circundar o âmbito dos conflitos levados ao judiciário e como esse poder deve lidar com as situações em que encontra uma lacuna no ordenamento. Verifica-se, portanto, que pouco se fala na aplicação cotidiana do Direito, em momento pretérito à ocorrência de conflitos, e qual seria a posição do sistema jurídico para essas situações.

Não cumpre, entretanto, discutir aqui a definição de Direito como ordem normativa para a solução de conflitos através da coação, ou como ordem prescritiva para determinar a conduta do ser humano independentemente da ocorrência de um conflito. KELSEN admite que a interpretação do ordenamento jurídico é, também, feita corriqueiramente pelo cidadão comum “que tem – não de aplicar, mas – de

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 208-209.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 273-274.

observar o Direito, observando ou praticando a conta que evita a sanção”¹⁷¹. Nessa esteira, entende-se que o Direito – em seu objetivo fundamental de harmonizar a sociedade – deve ser observado não apenas quando ocorre um conflito ou uma violação, mas na própria vida cotidiana de cada cidadão.

Por essas razões, quando se fala em incompletude do ordenamento jurídico, não se pode simplesmente limitar a questão à hipótese de ter o Juiz – como aplicador autêntico do Direito – à sua disposição uma norma formal que se adeque aos casos que lhe são apresentados ou não. A existência ou ausência de normas jurídicas para regular a vida do homem é também questão que não carece de chegar às mãos do Poder Judiciário para ser resolvida.

No que tange ao Direito do Trabalho, vislumbra-se que existe uma gama de normas formais que regulam as relações de trabalho, atribuindo-se-lhe relevância jurídica. Porém não significa que tais normas serão aplicadas apenas quando uma situação específica tiver de ser resolvida pelo Magistrado. Portanto, importante se faz verificar se o sistema jurídico pode ser considerado completo ou não.

Retomando o exemplo trazido nos itens anteriores sobre a possibilidade ou não de dispensa arbitrária ou sem justa causa, pode-se adotar a corrente doutrinária que entende pela proibição imediata da conduta, ou a corrente que entende pela ineficácia da prescrição enquanto houver ausência de regulamentação infraconstitucional, podendo haver, ainda, outras correntes ecléticas que apresentem propostas para a celeuma. Contudo, conforme foi sugerido, não se trata de verdadeira lacuna do sistema jurídico ou ausência de norma jurídica.

Por outro lado, existem questões que efetivamente não são reguladas por normas positivas, mas que certamente possuem relevância jurídica. Pode-se falar, por exemplo, da responsabilidade socioambiental do empregador, para a qual existe um direcionamento principiológico do Ordenamento, mas nenhum texto legal que determine certa conduta ou proíba outra. Quanto a este ponto, pode-se aludir a diversos dispositivos constitucionais que permeiem a questão, como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a solidariedade, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais, a função social da propriedade, etc,

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 387.

porém não há dispositivo que, sob os critérios positivistas de definição de norma jurídica, prescreva, autorize uma conduta específica, determinando o que é responsabilidade socioambiental.

Apenas com uma visão superadora do positivismo é possível verificar que a questão tem relevância jurídica, é regida por princípios e valores, e como tal deve ser compreendida como Direito e, portanto, regular e direcionar a conduta do cidadão no que tange às relações sociais.

Pode-se afirmar que, dentro da teoria jurídica positivista, a responsabilidade socioambiental do empregador não se enquadra nas teorias coativa, legislativa e imperativa do Direito, esbarrando nos preceitos de completude e interpretação mecanicista do Direito, pelo que, só se pode concluir que não se trata de Direito. No mesmo passo, uma ideologia positivista que requer um olhar metodológico do Ordenamento, prescreveria que o Direito é fato, não se podendo atribuir juízo de valor à questão da necessidade ou não de uma responsabilidade socioambiental do empregador, de forma a manter estática a situação social.

Por conseguinte, além da incompletude relativa à ausência de norma formal para regulamentar determinadas situações da realidade fática – a qual será denominada de “quantitativa” –, existe uma forma de incompletude que será aqui denominada de “qualitativa” ou “material”. Diz respeito não apenas à ausência de normas, mas à insuficiência material do ordenamento positivo para atender aos fins a que se propõe.

BOBBIO denomina de “lacunas ideológicas” a ocorrência de soluções “não satisfatórias” ou a ausência de “normas justas”¹⁷². O filósofo italiano indaga que trata-se de uma questão ideológica, por considerar um conflito entre o Direito como fato e como valor, levando ao questionamento de como o sistema deveria ser. Infelizmente, a questão é pouco discutida na doutrina, uma vez que, prevalecendo o pensamento positivista, apenas o Direito positivo acaba importando para a análise teórica.

Quanto às chamadas lacunas ideológicas, o autor afirma que “nenhum ordenamento jurídico é perfeito: ao menos nenhum ordenamento jurídico positivo,

¹⁷² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 281.

Só o ordenamento jurídico natural não deveria ter lacunas ideológicas”¹⁷³. Por esse motivo, é dada maior importância à incompletude do sistema enquanto conjunto de normas, e não enquanto conjunto de valores, de forma que a insuficiência do conteúdo material do ordenamento é alvo de poucos questionamentos.

Norberto BOBBIO traz a teoria elaborada por BRUNETTI¹⁷⁴, segundo a qual só se pode falar em completude se for feita uma comparação entre o sistema jurídico e algum parâmetro. Em primeiro, comparado com ele mesmo, não há que se falar em completude ou incompletude do ordenamento; em segundo, se comparado a um sistema ideal, poder-se-ia indagar apenas se há lacunas ideológicas ou não e; por fim, comparando o sistema legislativo a um ordenamento como um todo, pode-se falar em verdadeiras lacunas. Contudo, ambos os autores concluem que, aos juristas, as lacunas ideológicas não interessam¹⁷⁵.

Contudo, é justamente na questão da verificabilidade do conteúdo material do ordenamento como um todo, ou das normas singularmente consideradas – em deliberado afastamento da postura de neutralidade metodológica – que se assenta a questão da superação do positivismo jurídico. Entretanto, não se pretende aderir à ideia de que o sistema tem de ser comparado com um sistema ideal, como sugeriu o autor italiano. Por essa razão não se adotará a terminologia ali proposta, de “lacunas ideológicas”.

Por certo, quando se trata da incompletude material do ordenamento positivo, utiliza-se como parâmetro alguns preceitos que para o juspositivismo seriam considerados juridicamente irrelevantes ou extrajurídicos, como o direcionamento semântico da política jurídica, a principiologia fluida e preceitos materiais como a noção de justiça. Por esses motivos, questiona-se se o ordenamento positivo está qualificado para atender a tais preceitos, enquanto valores, e não como meros critérios formais. Daí a preferência pela elaboração de uma nova terminologia: a incompletude “qualitativa” ou “material”.

Quando tratamos, por exemplo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo os quais se almeja construir uma sociedade livre justa

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 281.

¹⁷⁴ BRUNETTI, Giovanni. ***Scritti giuridici varii***. apud: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 282.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 284.

e solidária, os conceitos de *liberdade*, *justiça* e *solidariedade* passam a atuar como critério material para averiguação da satisfatoriedade do conteúdo das demais normas pertencentes ao sistema.

Assim, em que pese seja acertada a proposição positivista de que “não há moral absoluta”¹⁷⁶, não se pode aderir à ideia de que apenas critérios formais são importantes para a análise do Direito. O método de análise positivista, imbuído de forte ideologia formalista, compreenderia que os preceitos de justiça, liberdade e solidariedade não possuiriam força normativa, de modo que qualquer norma infraconstitucional que passasse pelo crivo formalista do processo legislativo seria plenamente válida e, portanto, justa.

Inclusive a questão do controle de constitucionalidade das leis estaria sujeito a critérios objetivos de ordem formal. Portanto, para que uma lei seja considerada inválida, seria necessário o desrespeito a uma das diretrizes técnicas do processo legislativo, ou contrariedade expressa ao texto constitucional, como uma violação de competência, por exemplo. Entretanto, não se verifica no pensamento juspositivista a possibilidade de questionamento da constitucionalidade de uma lei por não atender, por exemplo, aos “ditames da justiça social”¹⁷⁷.

Não se olvide que é um primado do pensamento positivista clássico a ideia de que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”¹⁷⁸. Assim, não obstante à definição constitucional que traça como diretriz o ideal de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais¹⁷⁹, do ponto de vista positivista qualquer norma positiva – ainda que seus efeitos materiais conduzam ao aumento das desigualdades sociais, da exploração e da injustiça social – poderá ser considerada plenamente válida, mesmo que eivada de incompletude qualitativa. Quanto a esse ponto, afirma Dinaura Godinho Pimentel GOMES: “Nesse contexto, depurado de elementos extrajurídicos, o Direito personifica-se no Estado, que se

¹⁷⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 72.

¹⁷⁷ Preceito estabelecido como fundamento da Ordem Econômica, de acordo com o Art. 170 da Constituição da República

¹⁷⁸ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 222.

¹⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 3º, III.

manifesta apenas quando as funções de criação e aplicação da ordem jurídica se centralizam em órgãos especializados”¹⁸⁰.

Por outro lado, uma compreensão não positivista do Direito levará à compreensão que o sistema jurídico não é resumido a um conjunto de normas formais dotadas de validade, mas também de aspectos materiais e princípios que formam um panorama muito mais amplo e fluido no que toca à harmonização da sociedade, inclusive com a reaproximação entre Direito e moral¹⁸¹. Dinaura GOMES reafirma:

“o estudo da Ciência do Direito deixou de ser limitado ao Direito posto, sustentado pelo positivismo de Kelsen – assim interpretado e definido pelas forças de dominação da sociedade civil –, que se manifesta por meio de normas coercitivas, que afetam a liberdade e a vida de pessoas, grupo, classes ou povos inteiros, a exemplo do que resultou dos horrores do Holocausto, que legitimou a ação de Hitler, em face da Teoria Pura voltada à defesa da autonomia do Direito, que isola o jurídico do não jurídico”¹⁸².

Vale ressaltar que não se pretende aqui um retorno ao jusnaturalismo, em que pese grande parte dos doutrinadores positivistas acreditem que a única proposta possível em oposição ao juspositivismo é a de um Direito Natural¹⁸³. Contudo, é possível encontrar teorias em que há o reconhecimento da incompletude das leis, e a proposta de soluções através de elementos que os positivistas considerariam extrajurídicos, como os princípios.

A título de exemplo, para Dworkin, o Direito não se limita a regras formais, de modo que, ao encontrar um espaço vazio no conjunto de leis, o intérprete pode se valer de elementos abertos para compreender e aplicar o Direito. Nesse sentido esclarece Amélia ROSSI:

¹⁸⁰ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 31.

¹⁸¹ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 62.

¹⁸² GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 31.

¹⁸³ CELLA, José Renato Gaziero. **Positivismo jurídico no século XIX**: relações entre Direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em <<http://cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>> Acesso em 15 ago. 2009. p. 1-2.

“para ele, o direito é um conjunto de regras e princípios (ambos, espécies do gênero norma jurídica). Os princípios, por sua vez, não estabelecem as condições que tornam a sua aplicação necessária, ao invés, devem ser tomados em conta como se fossem uma razão que inclina para uma ou para outra direção, não determinando exatamente um resultado específico, mas antes, guiando as razões que podem ser tomadas em consideração quando do processo de decisão judicial. Para Dworkin, o modelo de regras e princípios permite encontrar soluções jurídicas aos casos em que o recurso único às regras não admite encontrar solução sem recorrer a padrões extrajurídicos”

Desta forma fica claro que a questão da incompletude do ordenamento positivo pode ser resolvida através de mecanismos que seriam considerados extrajurídicos para os positivistas. Por óbvio, não se pretende aqui filiar-se à teoria de Dworkin, de Alexy ou à teoria neoconstitucionalista, mas apenas demonstrar como é necessário, e possível, superar o pensamento positivista, em busca de uma sustentabilidade socioeconômica.

Para tanto, é necessário que haja uma expansão do conceito de Direito, em primeiro lugar, no sentido de atribuir importância a preceitos materiais da norma, como as supracitadas noções de justiça e solidariedade. Em segundo, deve-se admitir que o ordenamento positivo é repleto de incompletudes quantitativas e qualitativas, de tal monta que grande parte das normas contidas no sistema jurídico sequer tem o potencial para atender aos preceitos acima aventados.

Diga-se que o pensamento positivista desencadeia sérios problemas relacionados à estrutura do sistema normativo: a) pela teoria positivista do ordenamento, apenas o Direito posto é relevante, de forma que o intérprete não se preocupa com anseios sociais ou questões materiais que levem à necessidade de modificação do sistema, da mesma forma há uma plena aceitação do ordenamento posto, independentemente do seu conteúdo; b) o conjunto de normas postas pode conter falhas e ausências capazes de imobilizar o andamento da sociedade, tendo em vista que a evolução da realidade é mais veloz que a do Direito, surgindo constantemente novas situações que necessitam de harmonização¹⁸⁴ jurídica; c) o sistema positivo pode conter normas formalmente válidas, mas materialmente injustas, ou plenamente válidas, mas insatisfatoriamente justas.

¹⁸⁴ Fala-se em harmonização jurídica para que não se fique vinculado à ideia de regulamentação como sistema de ordens, prescrições dotadas de poder de coação. A vida cotidiana também acompanha observância do Direito enquanto regulador da sociedade, ainda que não haja um conflito que precise ser solucionado com uma norma.

Fica claro, por ora, que a tarefa de superar ideologicamente o juspositivismo não é tarefa simples, eis que antes de se pretender desconstruir a teoria jurídica positivista – o que não se almeja com o presente ensaio – é necessário desmistificar ou desmascarar a ideologia política intrincada no pensamento juspositivista. Quanto a este ponto, torna-se importante retomar a ideia de que o positivismo jurídico, relacionado com uma racionalidade formalista inerente ao advento do Estado Moderno, justificou e perpetuou o modo de acumulação capitalista e, com ele, a exploração social.

4 DIREITO DO TRABALHO E UMA PERSPECTIVA DE SUSTENTABILIDADE

“Quando alguém pegar com suas mãos o texto das leis trabalhistas de um país, saiba que ali estão séculos de sofrimentos calados ou de revoltas e que aquelas páginas, nas entrelinhas da composição em linotipo, foram escritas a sangue e fogo, porque, até hoje, infelizmente, nenhuma classe dominante abriu mão de seus privilégios apenas por ideais de fraternidade ou por espírito de amor aos homens”.

(Russomano)

Tendo em vista o panorama teórico-filosófico analisado nos itens anteriores, é possível verificar a ideia de que o pensamento juspositivista tem predominado desde o advento do Estado moderno, fundamentando o capitalismo e uma dogmática jurídica ideologicamente impregnada com um discurso de neutralidade científica, mas fortemente inclinada a querer o Direito de forma a manter o *status quo* social.

Numa mesma esteira, compreende-se que o Direito do Trabalho, enquanto ciência, apesar de possuir um forte potencial transformador da sociedade, tem sido concebido de forma puramente dogmática, procrastinando os avanços do pensamento crítico sobre a sociedade, enaltecendo a regulamentação positiva como baldrame das relações sociais e mascarando a perpetuação da dominação capitalista.

Por essas razões, faz-se necessária uma compreensão esclarecida da realidade jurídica no que tange ao Direito do Trabalho e como a superação do positivismo jurídico pode transformar a sociedade através de novas formas de pensamento, novas teorias voltadas para os anseios sociais, em uma escalada de enaltecimento não apenas de um grupo ou classe isoladamente considerada, mas em caminho de uma sustentabilidade socioeconômica.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a primeira etapa para se pensar um Direito voltado para a sustentabilidade das relações socioeconômicas é a valorização do conteúdo material das normas, e a avaliação da sua coerência com

os anseios sociais. Por óbvio, não se pretende comparar o ordenamento positivo a um possível sistema jurídico ideal, ileso de imperfeições e universalmente satisfatório, eis que tal objetivo pertence à escola jusnaturalista, que considera a existência de valores universais acima da humanidade das normas¹⁸⁵. Contudo, existem critérios materiais de ordem jurídica – não jurídicos aos olhos positivistas – que podem levar à compreensão do próprio Direito em termos de uma funcionalidade sociojurídica¹⁸⁶.

A título de exemplo, mas ainda não se vinculando à teoria neoconstitucionalista, pode-se tomar como base os preceitos constitucionais fundamentais, dotados de conteúdo material que podem servir de diretriz para toda a análise do sistema jurídico, em deliberado desapego ao pensamento positivista enquanto metodologia e teoria do direito. Assim, pode-se adotar como fundamento os já citados preceitos de dignidade da pessoa humana, justiça, solidariedade, valorização do trabalho humano, etc.

No que diz respeito ao Direito do Trabalho, seu papel é essencial para a transformação da sociedade, eis que o trabalho humano é a fonte primordial da atividade produtiva e transformação da natureza em riqueza, mesmo que em contexto hodierno, o advento da tecnologia computacional e a evolução exponencial da mecânica industrial tenham reduzido o campo de atuação física do ser humano no mercado econômico.

4.1 O DIREITO DO TRABALHO FRENTE AOS VALORES INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO

Conforme foi aventado nos itens pretéritos, a construção do Direito do Trabalho coaduna-se com uma lenta evolução de conquistas sociais, que partiram de uma regulação fraca e se consolidaram até o momento atual. Nas palavras de

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.19.

¹⁸⁶ Não se faz, aqui, nenhuma alusão à teoria do funcionalismo ou utilitarismo, mas apenas utiliza-se o termo “funcionalidade” para facilitar a compreensão pedagógica da sistemática de justificação material do Direito em relação a preceitos fundamentais da própria ordem constitucional.

RUSSOMANO, as leis trabalhistas de qualquer ordenamento são forjadas pela luta sofrida entre classes, representando verdadeiras vitórias ungidas a sangue e fogo, uma vez que as classes burguesas jamais fizeram concessões por pura boa vontade¹⁸⁷. Apenas com o passar do tempo e a solidificação das pequenas conquistas alcançadas pela classe trabalhadora é que os principais fundamentos do Direito Social foram incorporados ao bojo da Carta Política.

Uma visão inovadora do Direito nos leva a concluir que o trabalho, por ser a fonte fundamental da própria riqueza humana, bem como da miséria e exploração, deve ser regido por princípios superiores à mera legislação positiva. Embasados em valores consagrados na Constituição, como a dignidade da pessoa humana, justiça social, solidariedade e função social da propriedade.

Nesse contexto, há que se relevar o que há de essência no Direito do Trabalho, revelando uma estrutura fundamental, independente da mascarada dominação burguesa imbricada no positivismo jurídico. Ao mesmo tempo deve-se elevar a noção de proteção do trabalhador e sustentabilidade socioeconômica a um patamar jurídico material e principiológico e, portanto, imune aos movimentos contemporâneos de flexibilização que visam reduzir a proteção jurídica conferida ao trabalhador.

Vale repetir que, de acordo com o método de análise positivista, o Ordenamento jurídico é hermético e não sujeito a influências externas, havendo como único critério de validação os pressupostos formais ditados pelo próprio sistema, sendo que o aspecto material da norma é absolutamente irrelevante para os juristas. Nesse sentido, um pensamento estritamente positivista pode aceitar como padrão uma norma moralmente injusta, desde que tenha passado pelo crivo metodológico.

Conforme foi analisado anteriormente, existem diversas falhas no pensamento positivista que podem levar ao colapso da busca por uma modificação para melhor da sociedade. Em especial, frisa-se a ocultação de uma ideologia positivista que funciona como verdadeira diretriz política da dogmática jurídica. Conforme já foi aludido, a teoria Kelseniana, apesar de se propor a manter

¹⁸⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador No Direito Brasileiro**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 11.

neutralidade científica e absoluta isenção de direcionamento político, esconde uma ideologia de aceitação do ordenamento posto e, portanto, de supressão do pensamento crítico em relação às necessidades reais da sociedade. Quanto a esse ponto WARAT discursa:

“suas construções assumem perfis ideológicos, idealistas e conservadores, na medida em que suprimem o questionamento das relações de dominação, evitando mostrar a influência que estas exercem nas doutrinas e no ensino jurídico. Apresentando as relações de dominação e de poder, em níveis que não lhe são próprias, autodenuncia o segredo de sua mística que é restabelecida através de novas estruturas teóricas”¹⁸⁸.

Assim, não restam dúvidas de que o progresso – se é que é possível falar em transformação como melhoria – só é possível através da superação da ideologia positivista, sob pena de manutenção dos ideais de aceitação incondicional das premissas políticas materializadas na lei formal.

Por outro lado, há que se ter extrema cautela quando se fala em superação do Direito enquanto ordenamento positivo. Afirmar que é possível transpor as barreiras da legislação posta também não pode significar que qualquer conteúdo pode ser tomado como significante pressuposto para ultrapassar o positivo.

Importante lembrar que um dos pressupostos da construção do ideal positivista é justamente a tentativa de superação de um misticismo jusnaturalista que considerava a existência de uma razão ou força superior aos próprios homens e, nesse contexto, a todo o poder do Direito e do soberano era justificado em preceitos divinos¹⁸⁹.

Nessa esteira, Kelsen propôs a separação entre forma e conteúdo, afirmando que apenas aquela é importante, de modo que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”¹⁹⁰. Desta forma, ao tentar eliminar a mistificação do Direito através da substituição do conceito de justiça pelo de validade, o positivismo acabou por

¹⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 40.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Jair. **Herança Jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001. p. 41.

¹⁹⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 201.

mistificá-lo por outros pressupostos teóricos¹⁹¹, possibilitando, ainda que conteúdo injusto fosse legitimado como direito válido.

Tome-se como exemplo os regimes totalitários como o da Alemanha Nazista, como BOBBIO que foi criticado pelos não positivistas: “o positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus, e, em particular, do nazismo alemão”¹⁹². É sabido que toda a implementação do Terceiro *Reich* foi convalidada através de uma série de documentos legais e decretos que autorizavam as práticas nazistas nos primeiros anos do regime¹⁹³.

Contudo, a validade formal dos atos legislativos não se confunde com a legitimidade do sistema, ou com justiça material. Ao suprimir a ideia de justiça em prol da validade formal, qualquer sistema jurídico que possua uma norma fundamental, como a Constituição, estabelecendo os critérios de validade e regras de criação legislativa; e um conjunto de normas formais que atendam ao crivo metodológico, será um sistema válido e, como tal, gerará efeitos sobre a sociedade.

Nesse sentido, tem-se que o juspositivismo legitimou e fundamentou a separação do Direito e da moral, permitindo que valores injustos, como o da prevalência de uma raça sobre outra, ou da legitimidade da eliminação de um povo, fossem introduzidos na estrutura lógica da norma formal e compusessem, ainda assim, um verdadeiro Direito.

Por outro lado no mesmo regime nazista, uma sobreposição do positivismo tomou forma quando o *führer* passou a adotar medidas não fundamentadas em legislação formal, discursando que uma fusão da ética com o Direito tonava a expressão formal da Lei desnecessária, como esclarece Hannah ARENDT:

“Teoricamente, correspondia ao postulado de Hitler, segundo o qual ‘Estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética’, porque quando se presume que a lei em vigo é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos, então não há mais necessidade de decretos públicos”¹⁹⁴.

¹⁹¹ WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Ensino e saber jurídico. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 40.

¹⁹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 225.

¹⁹³ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 444.

¹⁹⁴ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 444.

Fica claro, portanto, que o tema da incorporação de valores materiais ao Direito não pode ser tratado sem extrema cautela. Por um lado, tem-se que o esvaziamento da norma, enquanto estrutura lógica puramente formal, possibilita a transformação de qualquer conteúdo, inclusive o injusto, em Direito. Do outro lado, a superação do rigorismo formal por meio da evocação de qualquer conteúdo material também pode acarretar na conformação de um sistema igualmente injusto.

Portanto, quando se fala no panorama contemporâneo, em especial sob o enfoque laboral, há que se ter em vista que, simplesmente abandonar o conceito de Direito enquanto norma positiva não pode ser realizado sob pressupostos materiais quaisquer, sob pena de uma provável intensificação da dominação burguesa, tendo em vista o seu maior poderio político e econômico. Não é sem razão que os avanços na legislação trabalhista são considerados verdadeiras conquistas, e não retrocessos – salvo algumas normas individualmente consideradas –, pois antes do processo de regulamentação do Direito do Trabalho em direção à proteção do trabalhador, vigia o princípio da autonomia da vontade desmedida, de forma que o trabalhador era intensamente explorado como objeto de produção.

Destaca-se que, apesar do caráter de manutenção da exclusividade do modelo capitalista de acumulação, o Direito do Trabalho representa intensa modificação das relações sociais através de uma regulamentação que reduziu a aspereza da realidade conflituosa entre o poderio do empregador e a fraqueza do trabalhador, como indica Dinaura Godinho Pimentel GOMES: “Ao longo dos tempos, só após sofridas lutas e conquistas, o princípio de proteção ao hipossuficiente foi consagrado nos ordenamentos jurídicos para conferir a ele superioridade jurídica em face da superioridade econômica do empregador”¹⁹⁵.

Destarte, uma descuidada desconsideração do ordenamento posto pode representar o retorno à barbárie¹⁹⁶, permitindo a inexorável prevalência da burguesia sobre a classe trabalhadora, eis que em uma disputa política ou social sem regras – sem ordenamento – o mais forte sempre vencerá.

¹⁹⁵ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 92.

¹⁹⁶ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 89.

Por essas razões que se faz importante reforçar que a superação do pensamento positivista em momento algum representa um retorno ao jusnaturalismo ou à anarquia sem normas. Vale ressaltar que nessa linha de objetivos já existe um fortíssimo movimento que pretende – e de certa forma tem obtido êxito – modificar o panorama de Direito do Trabalho através de dois principais fenômenos: a flexibilização e a desregulamentação do Direito do Trabalho¹⁹⁷, os quais serão objetos de breve análise no próximo item.

Quando aqui se fala em superação do juspositivismo, pretende-se a incorporação de preceitos materiais ao Direito e sua ciência, através de diretrizes consolidadas que visem à melhoria da sociedade. Portanto, em vez de um abandono do ordenamento positivo – como pretensão de se poder escolher ignorar uma norma posta – pretende-se a construção de um olhar crítico, que possa modificar o Direito de forma a melhor adequá-lo aos anseios sociais de desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Uma das principais teorias que vem ganhando relevância como modo de superação do juspositivismo é o neoconstitucionalismo. Já foi afirmado nos itens anteriores que não se pretende filiação a esta corrente ou a sua análise científico-teórica, pelo que não cumpre aqui analisar profundamente no que consiste o neoconstitucionalismo e quais os seus argumentos. Porém é salutar indicar que um de seus pressupostos é de demasiada importância para a compreensão da ideia de superação do positivismo sem o retorno ao jusnaturalismo: a vinculação a princípios constitucionais fundamentais.

Ao trazer em seu bojo uma série de preceitos fundamentais insculpidos em princípios não herméticos, a Carta Política da República indica um perfil principiológico não de como o Direito é, mas de como ele deve ser. Não há como negar a carga política impregnada em tais preceitos, uma vez que, fugindo da definição teórica positivista de norma jurídica¹⁹⁸, não são meras ordens de conduta, mas verdadeiros valores, pelos quais todo o Direito deve se pautar, desde o

¹⁹⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Direito do Trabalho no século XX**: ensaios mensagens perfis. Curitiba: Genesis, 1998. p.69

¹⁹⁸ Retomando os primeiros capítulos do presente trabalho, é possível verificar que o juspositivismo, enquanto teoria do Direito define norma jurídica a partir da ideia de coação, origem estatal e imperatividade. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo** jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

momento da elaboração política das normas formais, passando pela sua validação e legitimação, até à interpretação e aplicação, não apenas pela comunidade jurídica, mas por todo cidadão que se insere na sociedade.

É possível verificar, outrossim, que os aludidos preceitos fundamentais são carregados de valores sociais, e servem como diretriz fundamental para todo o Direito. A título de exemplo, destacam-se os fundamentos do Estado Democrático de Direito elencados no art. 1º da Constituição da República, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como os objetivos fundamentais da República mencionado no art. 3º, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais, dentre outros.

Destarte, o Direito como um todo, e não apenas como norma positiva, deve se amoldar a tais preceitos, de forma que toda a compreensão sobre o sistema jurídico deve ser principiológica e fundamentada no seu conteúdo material. Nesse sentido, pode-se retomar o exemplo trazido relativo à possibilidade de dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Mesmo diante de uma norma constitucional que determina expressamente que é vedada a prática da dispensa abusiva, arbitrária, discriminatória e sem justa causa¹⁹⁹, grande parte da comunidade jurídica e toda a classe patronal – salvo desconhecidas e raras exceções – consideram que a ausência de norma infraconstitucional retira a eficácia do dispositivo, dando continuidade e manutenção a um panorama de absoluta desproteção fática do trabalhador frente ao alvedrio do empregador.

Roland HASSON indaga que “é fato, igualmente, que a jurisprudência trabalhista pacificada entende que da conjugação dos arts. 7º, I da CF e 10 dos ADCT/88 resulta a validade da despedida arbitrária”²⁰⁰, insurgindo-se ao afirmar que

¹⁹⁹ Destaca-se que a dispensa “sem justa causa”, a “abusiva”, a “discriminatória” e a “arbitrária” são situações distintas, cujo estudo pode ser feito em outro momento oportuno, não sendo sua especificação, entretanto, objeto da presente dissertação.

²⁰⁰ HASSON, Roland. **Desemprego & Desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 45.

“o belo conteúdo programático da nossa Constituição, os princípios sobre que se assenta a República, atualmente escoam pelo ralo”²⁰¹.

De fato uma interpretação restritiva do anunciado art. 10º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁰² pode levar ao entendimento, em linhas positivistas, que apenas as situações ali elencadas são vedadas enquanto não houver lei regulamentadora.

Contudo, é exatamente nesse ponto que o presente estudo se faz relevante, uma vez que se propõe uma análise do Direito não apenas na sua dimensão formal, mas essencialmente na sua dimensão material. Assim, de fato existe a ausência de uma norma formal prevista pela Constituição, contudo, não existe verdadeira incompletude do sistema como um todo.

Os precitados princípios norteadores do Ordenamento Jurídico dão conta de direcionar a forma de interpretação e aplicação do Direito na situação relacionada. Em primeiro lugar, existe norma constitucional expressa que determina a vedação da dispensa sem justa causa. Em segundo, o texto do ADCT não pode ser interpretado restritivamente, eis que sua proposta é transitória – em que pese tenha se perpetuado no tempo²⁰³ – e não sobrepõe os princípios supracitados.

Ao analisar o dispositivo constitucional à luz do princípio da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, do pleno emprego²⁰⁴, da valorização do trabalho humano, da função social da propriedade, dentre outros, não pode ser outra a conclusão senão a de que o empregado deve ser protegido da ameaça da instabilidade social²⁰⁵. Outrossim, há que se considerar que a interpretação do

²⁰¹ HASSON, Roland. **Desemprego & Desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 45.

²⁰² ADCT, Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

[...]

²⁰³ HASSON, Roland. **Desemprego & Desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 45

²⁰⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 170, VIII.

²⁰⁵ Não se confunda instabilidade social com ausência de estabilidade no emprego – figura jurídica própria de determinadas situações, cuja análise não pertence aos objetivos do presente ensaio.

sistema deve ser holística, inclusive quando se trata da aplicação de valores materiais.

Apenas como demonstração hipotética, invocar exclusivamente o princípio da dignidade da pessoa humana, sem lhe atribuir conteúdo material, poderia ser insuficiente para solver a questão. Pode se afirmar, por exemplo, que existe dignidade sem emprego, como para uma criança que goza da juventude despreocupada. Porém, uma análise compromissada da questão leva à conclusão de que não é simplesmente a ausência de emprego que se repudia, mas o desrespeito à condição de continuidade, à noção de segurança e estabilidade.

Destarte, é obvio que há dignidade para uma criança que não possui emprego, mas a dignidade do trabalhador que acorda com um emprego e vai dormir sem perspectiva de renda é certamente violada. É desrespeitada, ainda, a noção de solidariedade, invocada no art. 3º da Constituição, juntamente com a quebra da função social da propriedade, da valorização do trabalho humano e em ofensa direta à busca pela redução das desigualdades sociais. Todos são preceitos dotados de conteúdo material, e não apenas formas vazias.

Nesse sentido, a superação do positivismo jurídico representa a ideia de que, apesar da ausência de lei formal, deve existir Direito no sentido de regular uma determinada situação de relevância jurídica. Por outro lado, há que se ressaltar que, conforme já foi comentado nos capítulos anteriores, o exemplo trazido é emblemático, mas não representa verdadeira incompletude quantitativa do Ordenamento, sendo não a teoria positivista pura que considera o dispositivo ineficaz, mas a exacerbação da ideologia positivista que se transforma em legalismo restrito.

Exemplo que efetivamente representa incompletude quantitativa e, especialmente, qualitativa do Ordenamento Positivo é a já mencionada noção de responsabilidade socioambiental do empregador. Contudo, a ausência de norma formal no sistema positivo não representa ausência de Direito ou impossibilidade de construção deste. É no conteúdo material dos preceitos fundamentais ora aclamados que uma solução não-positivista pode indicar como a noção de Direito pode ser ampliada, a fim de resguardar as questões relacionadas com a referida lacuna no corpo de leis.

Sob a perspectiva principiológica constitucional – aclamada pela teoria neoconstitucionalista – o assunto pode ser tratado com as diretrizes de justiça e solidariedade, bem como pela valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana. Contudo, não é no texto constitucional que o Direito deve se limitar. Além dessas perspectivas, pode-se acolher princípios que o positivismo consideraria externos ou extrajurídicos.

KELSEN anuncia com orgulho, nos primeiros parágrafos de sua obra, que sua teoria “intenta evitar um sincretismo metodológico”²⁰⁶, uma vez que “a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política”²⁰⁷. Porém, com a superação do pensamento purista, é em todas as esferas da realidade e do conhecimento que se deve buscar valores a fim de interligar os fundamentos constitucionais e ampliar o Direito em direção de uma sustentabilidade socioeconômica. Nesse sentido, a ecologia tem avançado muito em busca de uma visão integrativa da sociedade, desde aspectos ambientais até perspectivas jurídicas e econômicas.

Portanto, quando se fala de responsabilidade socioambiental, utiliza-se didaticamente preceitos da ecologia, mas não se pode limitar a isso. É em todas as áreas do conhecimento humano que o Direito deve buscar valores – e não normas vazias – para interagir com a realidade fluida, atribuindo relevância jurídica – e não apenas interesse jurisprudencial²⁰⁸ – a tudo que mereça harmonização na sociedade em busca de uma realidade melhor.

Mesmo o conceito de sustentabilidade socioeconômica não está expresso nas linhas da Constituição, porém, a sua noção é de extrema relevância para uma perspectiva de desenvolvimento da sociedade. Note-se que o texto constitucional fala em “garantir o desenvolvimento nacional” e que é função da União, elaborar e executar planos de “desenvolvimento econômico e social”²⁰⁹, traçando diversas outras diretrizes principiológica que podem ser compreendidas de forma integrativa,

²⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 2.

²⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

²⁰⁸ Utiliza-se a expressão “interesse jurisprudencial” para a ideia de que o Direito é constituído para resolver conflitos da sociedade através de uma atividades jurisdicional, excluindo-se a noção de harmonização cotidiana da sociedade.

²⁰⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 21, IX.

em conjunto com políticas nacionais e internacionais que fomentam a sustentabilidade.

Assim, verifica-se que o Direito já não deve ser compreendido de forma restritiva e formalista, devendo ser alvo de uma ampliação valorativa. Desta forma, deve ser realizado um processo de reaproximação do Direito com valores materiais, como os ideais de justiça e desenvolvimento, permitindo que concepções que eram consideradas extrajurídicas pelos positivistas sejam integradas ao Direito como um todo. Portanto, não apenas em uma análise de validade ou legitimidade, mas como verdadeira fundamentação e integração do Direito, deve-se apreender conteúdo material para além dos limites positivos.

Entretanto, faz-se necessário fazer uma grande ressalva e refrear o otimismo de pensar o Direito de forma ampliada, para que não se cometam os mesmos erros do passado. Como já foi sugerido, simplesmente quebrar as balizas do ordenamento positivo e permitir que qualquer conteúdo material seja invocado para desfraldar a bandeira da superação do juspositivismo pode incorrer no retorno à barbárie e o regresso da situação sociojurídica conquistada ao longo de anos.

É importante destacar que movimentos contrários visam a reduzir a estática do Direito em sentido oposto ao normativismo estatal, mas não com o intento de moralizar ou melhorar materialmente a situação jurídica dos trabalhadores. O discurso que acompanha os movimentos de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho é pelo aumento da competitividade empresarial, como incentivo à livre iniciativa e livre concorrência, possibilitando a redução dos custos de produção às custas do trabalhador.

Por essas razões, faz-se necessário um breve estudo sobre os movimentos supracitados, a fim de que não se confunda a superação do juspositivismo com a ideia de redução da rigidez legislativa em prol dos anseios da burguesia individualista e da dominação capitalista.

4.2 FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO – UM PASSO CONTRÁRIO AO DESENVOLVIMENTO.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer qual contexto em que se inserem os denominados fenômenos da flexibilização e desregulamentação o Direito do Trabalho. Primeiramente, tem-se o fenômeno da globalização acelerada, que transpõe as fronteiras nacionais e criando um cenário de empreendedorismo competitivo internacional e uma profunda transformação nos modos de produção capitalista²¹⁰. Inserção de empresas transnacionais advindas de países de capitalismo avançado em países denominados emergentes, como o Brasil, desponta uma corrida interna e global por competitividade e eficiência empresarial, numa busca pela redução urgente de redução dos custos de produção, não com o objetivo de reduzir o custo final dos produtos, mas aumentar a margem de lucro do empreendedor²¹¹.

Nessa perspectiva de redução dos custos de produção em busca de uma desenfreada competitividade empresarial, a classe empresarial – dotada de imenso poderio econômico e político – exerce intensa pressão sobre o Estado para desencadear um processo de “facilitação” dos meios de produção, reduzindo em especial o custo do trabalho. Contudo, a bandeira da competitividade vem acompanhada de um discurso pacificador de busca pela maior empregabilidade.

Em tese, a redução dos custos do trabalho poderia vir acompanhada de uma maior oferta de postos de trabalho, refletindo na produtividade da empresa e, conseqüentemente, na ulterior melhoria das mesmas condições de trabalho que foram objeto da flexibilização, como explica Marcelo Oliveira ROCHA *et al.*:

“no terreno prático, das políticas, se diz que a desregulamentação e a flexibilização barateariam o custo do trabalho, aumentando o lucro da empresa, fato indiscutível, e que isso estimularia novos investimentos

²¹⁰ RIEGEL, Estavão. Globalização, neoliberalismo e flexibilização: direitos e garantias. *in*: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de (Org.). RAMOS, Alexandre Luis (Org.). **Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998. p. 133.

²¹¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Direito do Trabalho no século XX**: ensaios mensagens perfis. Curitiba: Genesis, 1998. p.69.

produtivos que, por sua vez, aumentariam o emprego que, finalmente, elevariam os salários e demais condições de trabalho”²¹².

Ocorre que o discurso de busca pela maior dinamicidade empresarial e empregabilidade possui a forte característica de arrefecer as críticas aos movimentos de flexibilização e desregulamentação e, ao mesmo tempo, legitimar a precarização das condições de trabalho com uma máscara pseudo-humanista. Nesse sentido, o verdadeiro viés da flexibilização ou da desregulamentação é a redução dos custos do trabalho em total despreocupação com o trabalhador-pessoa, retirando da regulamentação heterônoma – estatal – a força da proteção ao trabalho²¹³.

Nesse contexto, importante destacar o que realmente representam as teorias de flexibilização e desregulamentação. Sergio Pinto MARTINS, com seu posicionamento evidentemente de direita, define flexibilização como “o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismo tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existente na relação entre capital e o trabalho”²¹⁴. Contudo, tal conceituação denota a mesma ideologia neoliberal acima mencionada, no sentido de prescrever uma salutar adaptação do mundo do trabalho às necessidades da economia mundial, favorecendo empregador e empregado de forma equilibrada, mas ocultando a consequente precarização das relações de trabalho.

Estevão RIEGEL adverte que a flexibilização “se caracteriza como parte do instrumental logístico dos pregoeiros da filosofia liberalizante”²¹⁵. Em verdade, a flexibilização, por conotar um afrouxamento da legislação estatal, em proposital abertura para a negociação autônoma entre os sujeitos da relação, representa um retrocesso no caminho da proteção efetiva ao trabalhador.

²¹² ROCHA, Marcelo Oliveira (Org.). **Flexibilização do Direito do Trabalho**: negociado e legislado. Campinas: LZN, 2005. p. 63.

²¹³ Importante destacar aqui a ambivalência do termo “trabalho”, em razão da “indissociabilidade da figura do sujeito trabalhador em relação à força de trabalho”, conforme preleciona COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. In: **Revista Bonijuris**. V. 13, nº 452. Curitiba: Bonijuris, jul. 2001. p. 6.

²¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25

²¹⁵ RIEGEL, Estavão. Globalização, neoliberalismo e flexibilização: direitos e garantias. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de (Org.). RAMOS, Alexandre Luis (Org.). **Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998. p. 139.

Há que se rememorar que a construção do Direito do Trabalho, como regulamentação positiva das relações sociais de produção no modelo capitalista, representaram – pequenas, mas não irrelevantes – conquistas do trabalhador frente ao poderio econômico do empregador, uma vez que reconhecida a sua debilidade²¹⁶ na capacidade de negociação com o empregador. Destarte, permitir que as proteções legais – as quais representam um mínimo de limite à desmedida imposição da força do empregador sobre o trabalhador – sejam reduzidas, com o pretexto de possibilitar uma maior negociação adaptativa entre as partes, representa verdadeira alienação do progresso social.

Destaca-se que, apesar da já mencionada função oculta do direito positivo do trabalho em perpetuar a dominação capitalista, as garantias legais que compõem o contrapeso na balança jurídica a favor do trabalhador são meios legítimos de amenização da dominação desenfreada. Nesse sentido, não pode haver um desapego à regulamentação arduamente conquistada, eis que, na ausência da proteção legislativa, vige o império da exploração selvagem do trabalho pelo capital, favorecendo sempre o mais forte, como ensina Adacy Rachid COUTINHO: “se não fosse protetivo de ninguém e de nada... certamente estaria a serviço do mais forte, do que domina”²¹⁷.

Em uma vertente mais radical do processo de flexibilização, há, ainda a desregulamentação do Direito, que representa não apenas o aumento das aberturas para a negociação entre os sujeitos da relação, mas verdadeira redução, desintegração, do arcabouço legislativo que resguarda as relações de trabalho. RUSSOMANO narra: “logo depois se chegou, com desembaraço, pelo aprofundamento da teoria da flexibilização das leis trabalhistas a uma declarada campanha de desregulamentação do trabalho, que se deseja entregar às leis do mercado”²¹⁸.

Nesse ponto vemos uma clara contradição entre um movimento que pretende superar o pensamento normativista do juspositivismo em prol de uma

²¹⁶ COUTINHO, Adacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. In: **Revista Bonijuris**. V. 13, nº 452. Curitiba: Bonijuris, jul. 2001. p. 5.

²¹⁷ COUTINHO, Adacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. In: **Revista Bonijuris**. V. 13, nº 452. Curitiba: Bonijuris, jul. 2001. p. 5.

²¹⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Direito do Trabalho no século XX: ensaios mensagens perfis**. Curitiba: Genesis, 1998. p. 70.

ampliação do Direito em seu sentido material para enaltecer o desenvolvimento socioeconômico sustentável, e outro que pretende reduzir os limites da legislação para fortalecer o poder econômico da classe burguesa em detrimento dos direitos e garantias conquistados pela classe trabalhadora em anos de luta. Faz-se, portanto, enfatizar a grande contrariedade de sentidos entre as propostas, como sugere Dinaura GOMES:

“Em contraposição, a flexibilização e a desregulamentação nos moldes hoje determinadas, têm por escopo justamente afastar o Estado desta modalidade de relação contratual e, consequentemente, em detrimento desses mesmos princípios e regras que resguardam aquele mínimo de dignidade, duramente conquistado”²¹⁹.

Assim, temos que a presente proposta de superação do juspositivismo tem como premissa a incorporação ao Direito de conteúdos materiais, mas não quaisquer preceitos que possam justificar um retrocesso. Conforme se verá mais adiante, existem diversas teorias que polemizam sobre a reaproximação do Direito com a moral, porém, por ora cumpre esclarecer existe, de fato, uma pretensão de melhoria da sociedade e desenvolvimento socioeconômico através de preceitos materiais, que podem ser compreendidos, em certos momentos, como morais.

A título de exemplo, as diretrizes constitucionais mencionadas no capítulo anterior podem ser dotadas de conteúdo material, o que não significa, entretanto, que o texto constitucional seja dotado de conteúdo próprio auto-significante. Toda norma requer uma interpretação, que significa a extração ou construção de um conteúdo significativo para o texto. Nesse sentido, há que se fazer breve menção à teoria da interpretação em Castanheira NEVES, a qual preleciona que aplicar é interpretar o Direito, sendo que o momento de interpretação é de construção, e não de mera extração de conteúdo.

O autor português faz crítica à compreensão de que aplicação do Direito – tratado como momento decisório – corresponde ao segundo momento da produção legislativa, uma vez que a atividade jurisdicional não pode ser confundida com mera repetição incisiva da norma geral em um caso particular, bem como não se pode

²¹⁹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. P. 92-93.

compreender que o texto legislativo é dotado de significância própria e que o papel do intérprete é apenas desvendar tal conteúdo²²⁰.

Fique claro, mais uma vez, que não se pretende adentrar às teorias de interpretação ou hermenêutica jurídica, visto que não é objeto da presente dissertação, mas é importante destacar a noção de que o texto normativo – inclusive o constitucional, como os preceitos supracitados – não possui significância autoaplicável, pois cabe ao intérprete atribuir tal conteúdo. Porém, também não significa que relevância das normas repouse sobre suas estruturas vazias, como se propunha no juspositivismo.

A atribuição de conteúdo é, conforme Castanheira NEVES, ato de construção²²¹ configurando a própria noção de Direito como “estratégia político-social funcional e finalisticamente programada”²²². Mesmo KELSEN já afirmava que é ato de vontade²²³. Daí a necessidade de que a noção ampliada de Direito esteja relacionada com a moral, uma vez que o ato descompromissado de interpretação pode, também, atribuir qualquer conteúdo à norma. Assim, quando se interage com o Direito, há que se realizar, ao menos, dois procedimentos cognoscitivos primordiais: a) encontrar, atribuir ou construir conteúdo material para a norma; b) relacionar tal conteúdo material com um valor, de forma a estabelecer uma conexão axiológica entre o preceito e uma possível moral.

Por óbvio não é tarefa factível desvendar o que é moral, como funciona a moral, ou qual moral é correta, eis que tal proposta pertence à escola jusnaturalista. Porém, é preciso que se forneça elementos para que o Direito possa ser compreendido de forma estendida, desapegada do juspositivismo. Para tanto, toma-se emprestada a perspectiva de justificação trazida por ALEXY, ao afirmar que o ordenamento deve pretender correção, e como tal, não se pode admitir que qualquer conteúdo seja convertido em Direito:

²²⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1993. p. 19-21.

²²¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1993. p. 17.

²²² CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1993. p. 56.

²²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 394.

“Sistemas normativos que não formulam explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos e, por conseguinte, não podem ter validade jurídica. [...] Os problemas relevantes na prática surgem quando a pretensão à correção, embora formulada, deixa de ser cumprida em tal medida que o sistema normativo tem de ser classificado como sistema injusto”²²⁴.

Assim, retomando a questão dos movimentos de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho, verifica-se que o argumento invocado para justificar a retração do ordenamento positivo é conteúdo material, porém, está coadunado exclusivamente com uma perspectiva econômica individualista, neoliberal e legitimadora da exploração capitalista a favor de uns em detrimento de outros. Enquadra-se, portanto, na perspectiva acima trazida, uma vez que a pretensão de correção do sistema, ao estabelecer preceitos fundamentais de ordem social – como a valorização do trabalho humano, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, as ideias de justiça e fraternidade, etc. –, é absolutamente desvirtuada, tornando o sistema de flexibilização ou desregulamentação do Direito do Trabalho materialmente injusto.

Quanto a esse ponto, Renata Figueiredo MORAES demonstra como a ideologia burguesa resta descompromissada com o bem estar da classe trabalhadora, compreendendo o trabalho – e a ele atrelado a pessoa que o exerce – como fator coisificado do processo de produção, atribuindo-se-lhe valor de despesa: “Para o ideário neoliberal, os direitos trabalhistas são vistos sob uma ótica estritamente econômica, significando que ‘*embargos sociais, custo, passivo trabalhista*’ representam um verdadeiro entrave para a maior lucratividade da empresa”²²⁵.

Mesmo o discurso colacionado à bandeira da necessidade de flexibilização, que prega o desenvolvimento econômico²²⁶ e a redução do desemprego, encontra-se carregado de ideologia burguesa neoliberal, advertindo a classe trabalhadora da sua total ausência de opção sobre os meios econômicos, uma vez que, se não

²²⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 109.

²²⁵ MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização da CLT: na perspectiva dos limites da negociação coletiva**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 100.

²²⁶ Frise-se, em letras garrafais, que o desenvolvimento evocado é “econômico” e não “socioeconômico”.

aceitarem a flexibilização, ficarão sem emprego. Nesse sentido Sérgio Alberto de SOUZA:

“A arrogância da classe privilegiada faz com que a ganância dos poderosos demonstre que a economia vem passando por transformações rápidas. Sorrateiramente, os neoliberais plasmam a erosão dos conceitos, fazendo-os com a fragilidade da ironia, onde a face cruel do desemprego é uma tática pedagógico-punitiva que visa a demonstrar realmente ‘quem manda’”²²⁷.

Assim, sugere-se que a incorporação de conteúdo material ao Direito, seja feita por diretrizes holísticas, e não por preceitos individuais que possibilitem o retorno à barbárie. Desta forma, uma noção ampliada de Direito deve levar em consideração o seu sentido material, a sua pretensão de correção, recepcionando diretrizes fundamentais como aquelas cristalizadas na Constituição Federal, sempre analisadas em uma perspectiva holística, voltada para os anseios da sociedade como um todo, e não como um conjunto de interesses singulares e contraditórios.

Por essa razão, faz-se necessário um breve estudo sobre elementos de algumas teorias que pretendem superar o juspositivismo em busca de uma noção aprimorada de Direito e de uma possibilidade de melhoria da sociedade, embora não se proponha o deslinde teórico de tais propostas ou a filiação a alguma das correntes.

4.3 ELEMENTOS TEÓRICOS EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Em primeiro lugar, há que se considerar as dimensões do juspositivismo enquanto método, teoria e ideologia, conforma já proposto nos primeiros capítulos do presente trabalho, tendo-se como marco referencial o positivismo Kelseniano e não o Hartiano. Tal escolha justifica-se pela grande influência do normativismo

²²⁷ SOUZA, Sérgio Alberto. **Direito, Globalização e Barbárie**: estudos críticos de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos sob a ótica de uma leitura não-liberal. São Paulo: LTr, 1998. p. 31.

clássico no pensamento jurídico brasileiro, e a sua variante exacerbada que informou o legalismo dominante na doutrina dogmática do Direito nacional.

Assim, tem-se como base a pureza metodológica que pretende extirpar da ciência do Direito todas as influências externas advindas de outras áreas do conhecimento, bem como todos os juízos de valor fundamentados em aspectos materiais. Willis Santiago GUERRA FILHO explana:

“O conhecimento científico forneceria ao sujeito a verdade sobre os objetos que se encontram diante dele, como se estivessem radicalmente separados os sujeitos cognoscentes e os objetos cognoscidos, e se fossem estes últimos independentes das determinações das faculdades cognitivas e afetivas do primeiro”²²⁸.

A teoria da pureza metodológica acarreta numa compreensão formalista do Direito, inferindo, inclusive na sua própria definição, que passa a estar vinculada exclusivamente com o Direito Posto, conforme ensina CASTANHEIRA NEVES:

“O direito seria só o *direito positivo*, e num duplo sentido: excluía-se qualquer juridicidade com fundamento materialmente pressuposto e indisponível ou «natural», fosse metafísico –ontológico, fosse antropológico, fosse axiológico, e esse «direito positivo» identificava-se com o direito posto (imposto) pelas prescrições do órgão ou órgãos político-socialmente legitimados para tanto”²²⁹.

Assim, diante de tal perspectiva formalista, verifica-se um verdadeiro afastamento do Direito com a realidade material, ou, ao menos, um afastamento do interesse jurídico com a dimensão material da realidade, como informa Leticia DYNIEWICZ, ao afirmar que “a teoria pura do direito com seu caráter essencialmente formal, explicará muito bem abstratamente o direito, mas ficará afastada dos problemas da ‘vida real’”²³⁰.

Conforme foi repetidamente sugerido nos capítulos anteriores, a proposta de superação do juspositivismo vincula-se justamente à reaproximação do Direito com

²²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19.

²²⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1993. p. 26.

²³⁰ DYNIEWICZ, Leticia Garcia Ribeiro. **A Teoria Pura do Direito**: um olhar a partir da categoria literária da narrativa fundadora. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI. XVIII. 2009. Maringá. Anais... Maringá. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/anais/36/10_1787.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010. p. 3447.

preceitos materiais, como a noção de justiça e moral. Contudo, é importante frisar que não se pretende um retorno ao jusnaturalismo, uma vez que não se pode fundamentar predicados materiais, como o de justiça, em valores supostamente universais ou superiores à própria mente humana. Portanto, a atribuição de conteúdo material ao Direito deve se pautar em diretrizes e valores empíricos, como por exemplo, os informados pela Constituição Federal, ao elencar os objetivos fundamentais da República, ou os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ALEXY propõe que a tese da vinculação pode ser sustentada por um “argumento *normativo*, quando se demonstra que a inclusão ou não de elementos morais no conceito direito é necessária para que se alcance determinado objetivo ou para que se cumpra determinada norma”²³¹. Entretanto, o autor ressalva que o argumento normativo também serviria para fundamentar a desvinculação do Direito com a moral. Assim, insta mencioná-lo em razão da possibilidade de adesão de tal argumento à proposta de superação do juspositivismo, uma vez que pode-se tomar como parâmetro para a vinculação de conteúdo material ao Direito as diretrizes constitucionais já mencionadas anteriormente, dentre outras que compõem a visão holística ampliada do Direito.

Em outras palavras, trata-se apenas de um argumento que pode ser utilizado a favor da reaproximação do Direito à moral, ainda que tal argumento também possa ser utilizado em sentido contrário. Por certo, a ideia de integrar preceitos materiais ao Direito pode ter como fundamento a intenção de alcançar certos objetivos, como os “objetivos fundamentais da república”, ou cumprir determinadas normas, como o dispositivo constitucional que enaltece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado.

Quanto à teoria de ALEXY, o ponto mais importante da ideia de aproximação do Direito com a moral é o já citado princípio da correção material, segundo o qual toda norma ou ordenamento jurídico deve, ao menos, possuir uma pretensão de correção material, o que impõe uma vinculação do conceito de direito a preceitos morais²³². Tal concepção pode satisfatoriamente acolhida pela presente proposta,

²³¹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 26.

²³² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 109.

uma vez que se vincule a ideia de que o espaço vazio das normas formais não possa comportar preceitos materiais que possibilitem ou fundamentem um Direito injusto para que não entre em contradição com seus próprios princípios fundamentais e com o primado da sustentabilidade socioeconômica.

Em outras palavras, o princípio da correção material proposto por ALEXY possui autonomia teórica e vem acompanhado de uma série de argumentos e perspectivas que não se pretende deslindar aqui, mas é perfeitamente compatível com a proposta de que um sistema jurídico tem de ser fundamentado em valores materiais e que tais valores não devem ser injustos, sob pena de que tal injustiça macule a própria noção de Direito.

DWORKIN, por sua vez, também entende que a visão positivista do Direito deve ser superada, eis que considera exclusivamente um conjunto de regras formais, excluindo do âmbito da relevância jurídica a estrutura principiológica do Direito. O autor define o princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²³³. Define, ainda, a ideia de política como um padrão que define um ideal a ser alcançado em termos de economia, política ou sociedade.

Embora não se vá adentrar a uma análise mais profundada da teoria de DWORKIN, alguns de seus conceitos são úteis à perspectiva de superação do juspositivismo, na medida em que o Autor estabelece que o Direito não pode se limitar ao sistema positivo de regras e, acolhendo a estrutura dos princípios, não abre espaço para a discricionariedade dos juízes quando houver ausência no ordenamento posto. Esclarece Amélia do Carmo ROSSI:

“Em função do reconhecimento da normatividade dos princípios se explica a inexistência de espaços de discricionariedade, ao contrário do alegado pelos positivistas, visto que na insuficiência das regras e ante o direito de todo e qualquer cidadão de ver sua questão controvertida chegar a um deslinde, sempre existirá um princípio, ainda que não positivado, para orientar a decisão que se baseará em um direito não originalmente criado pelo juiz, mas desvelado por ele na aplicação mesma do princípio. Os

²³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

argumentos de princípios remetem aos conteúdos morais dos direitos fundamentais²³⁴.

DWORKIN trabalha sempre a questão da decisão judicial, tentando encontrar fundamentos para um direito em que a resolução de um conflito possa ser resolvido através de um Direito que não se limita à legislação positiva, enquanto a proposta do presente ensaio não se limita aos casos em que a atuação do judiciário é necessária. Trata-se de uma proposta de compreensão ampliada do Direito em geral, em toda a realidade jurídica, mesmo em momento prévio à ocorrência de um conflito ou nos casos em que se encontra um vazio legislativo. Nessa esteira, verifica-se que DWORKIN dá especial atenção aos princípios, enquanto enuncia que as políticas não estabelecem direitos.

Entretanto, faz-se importante destacar que, para a presente proposta, não se faz opção de prevalência sobre o conceito de “princípios” ou de “políticas”, uma vez que mesmo os padrões que estabelecem objetivos – sem prescrever direitos individuais – são importantes como conteúdo material a ser incorporado à noção ampliada de Direito. Verifica-se que as chamadas políticas exercem importante papel na relevância jurídica e na própria concepção de Direito, uma vez que direcionam toda a compreensão sobre o ordenamento, sua finalidade e alcance preventivo. Portanto, os já mencionados objetivos fundamentais da República – que seriam enquadrados por DWORKIN na categoria de “políticas” – certamente devem informar a definição de Direito e os efeitos jurídicos de todo o sistema, inclusive no que tange à harmonização da sociedade e reconhecimento de direitos.

Nesse ponto, destaca-se que Dworkin trabalha toda uma crítica à obra de Hart, porém tal discussão não será abordada no presente trabalho, uma vez que versa sobre categorias altamente especializadas em relação a um positivismo avançado, o qual não é objeto da presente análise. Não obstante, alguns elementos da teoria de DWORKIN podem ser aproveitados como instrumental para compor um arcabouço teórico da proposta de superação do juspositivismo.

Sob a mesma ótica, o neocostitucionalismo, como corrente jusfilosófica contemporânea entende pela superação do juspositivismo através de uma visão

²³⁴ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 139.

ampla e normativa da Constituição. Susanna POZZOLO entende que uma visão prescritiva da Constituição faz-se necessária para que haja uma distinção entre a “constituição verdadeira” e a “aparente”²³⁵. A primeira está relacionada ao conteúdo material fundamental que expressa valores de relevância diferenciada em relação às demais normas do ordenamento, enquanto a segunda estaria relacionada com as meras normas sobre a produção legislativa. A autora italiana preleciona:

“A carta constitucional é concebida como um documento normativo que apresenta características e conteúdos específicos pelos quais se distingue dos demais documentos jurídicos. Nessa perspectiva, a Constituição caracteristicamente situada em um nível superior à maioria parlamentar e à vontade contingente, constitui um acordo sobre valores fundamentais. Esse acordo sobre fundamentos, uma vez positivado, irradia os seus efeitos por todo o ordenamento: em primeiro lugar, impõe uma releitura (adequadora) das normas pré-constitucionais. Em segundo lugar, orienta o legislador não somente a respeito de alguns valores fundamentais, mas ao seu desenvolvimento”²³⁶.

Diante de tais concepções, entende-se que a presente proposta também se coaduna com o pensamento neoconstitucionalista, da qual pode extrair categorias e elementos teóricos. Conforme foi sugerido nos itens anteriores, os preceitos fundamentais insculpidos na Constituição da República devem informar todo e qualquer conteúdo material atribuído ao Direito, de forma que seus princípios, objetivos e fundamentos legitimem uma compreensão ampliada da própria noção de Direito.

Não se busca, entretanto, fazer um aprofundamento às teorias supracitadas, nem mesmo limitar o instrumental teórico às correntes doutrinárias utilizadas como exemplo. Porém, o presente item fez-se importante para demonstrar que não existe apenas uma, mas várias teorias que propõem formas de compreender o Direito em uma perspectiva desapegada do método, da teoria e da ideologia positivistas. Fez-

²³⁵ POZZOLO, Susanna. **O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico**: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direitos: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 89

²³⁶ POZZOLO, Susanna. **O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico**: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direitos: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 90.

se importante, também, como amostra da possibilidade de integração de pensamentos teóricos diferenciados que, se estudados, a fundo, podem gerir uma concepção unificada ou eclética da superação do juspositivismo.

Objetiva-se com a conclusão deste item, não apenas listar superficialmente uma série de autores que trabalham o tema, mas demonstrar que a proposta de atribuição de conteúdo de valores ao Direito não vem desacompanhada de exemplos de teóricos que fundamentam com muito mais autoridade a passagem de um pensamento juspositivista para uma nova abordagem.

Destarte, faz-se importante relacionar como a ideia de integração de conteúdo material ao Direito pode ser compreendida, em especial pelo Direito do Trabalho, como primado do desenvolvimento da concepção de sustentabilidade socioeconômica, em especial quando se compreende que a noção ampliada da Direito incorpora os valores constitucionais e outras diretrizes materiais informadas, por exemplo, pela ecologia, pela filosofia holística, pela economia, sociologia, etc.

4.4 PERSPECTIVA ECOLÓGICA DE RESPONSABILIDADE – EM BUSCA DA SUSTENTABILIDADE SOCIOECONÔMICA

.A busca pela superação do positivismo jurídico não poderia ser fomentada sem a proposta de novas categorias, novas ferramentas que sirvam a integrar o pensamento crítico como fins e como meios para a transformação da realidade contingente. Foi sugerido no corpo do presente trabalho que a superação do juspositivismo, enquanto teoria e ideologia, deve se sustentar numa visão ampliada do Direito, que incorpore elementos materiais que eram considerados pelos positivistas como extrajurídicos.

Logo no primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, KELSEN sugere a separação da ciência do Direito das demais esferas do conhecimento, como a ética, a política, a sociologia e a economia²³⁷. Porém é justamente na reaproximação das

²³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

concepções do mundo como um todo que se fundamenta a presente proposta de superação.

Justifica-se a utilização do termo “holismo” como referência à teoria de que o mundo deve ser compreendido na sua totalidade, não como conjunto de unidades, mas como complexa unidade em si mesmo, segundo a definição técnica de trazida por Hilton JAPIASSÚ e Danilo MARCONDES: “doutrina que considera que a parte só pode ser compreendida a partir do todo, que privilegia a consideração da totalidade na explicação de uma realidade, sustentando que o todo não é apenas a soma de suas partes, mas possui uma unidade orgânica”²³⁸.

Pretende-se, portanto, a incorporação de todas as áreas do saber humano para a formulação de um pano de fundo para a substancialização da noção ampliada de Direito. Em outras, palavras, quando se fala em incorporação de preceitos materiais, entende-se não escolher a esmo premissas para informar o conteúdo do Direito, mas esboçar uma compreensão da totalidade do mundo e, a partir dessa abstração²³⁹, tentar encontrar um novo caminho para o Direito. Nesse sentido fundamenta Simone Maria Malucelli PINTO:

“Tal afirmação implica em uma profunda mudança de atitude na produção do próprio conhecimento, não apenas no tocante aos instrumentos bases que o originam, mas também no atrelamento da sua significância ao nível de crescimento que disponibiliza, crescimento entendido subjetiva e objetivamente, para o todo e para as partes, que re-liga, portanto, ciência e sabedoria, e chancela a dialética desejada pela realidade holística, entre holologia e holopraxis”²⁴⁰.

Nesse sentido, informam essa aludida compreensão holística tanto os predicados jurídicos – como os princípios constitucionais fundamentais – quanto os derivados de outras esferas do conhecimento humano. A título de exemplo, buscaram-se valores na ecologia, enquanto recorte epistemológico que pretende informar meios para um desenvolvimento sustentável. Ademais, como destaca Dean Fabio

²³⁸ JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de Filosofia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 130

²³⁹ Fala-se em abstração porque se reconhece a impossibilidade de apreensão e compreensão efetiva da realidade como um todo.

²⁴⁰ PINTO, Simone Maria Malucelli. **Ecomediação Familiar**: Espaço singular de provocação do nascimento de cidadania sustentada. 2002. 173 f. Dissertação (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. p. 25.

Bueno de ALMEIDA, a dimensão socioambiental do Direito é demasiada importância para diversas esferas da realidade e do conhecimento:

“o Direito Socioambiental, como área específica de estudos jurídicos, cobre uma vasta área de interesses públicos e privados, individuais e coletivos, abrangendo diversas outras áreas, tanto do Direito como de outras disciplinas acadêmicas. O desafio socioambiental, capaz de assegurar a sustentabilidade dos recursos naturais e da justiça social, foi definitivamente incorporado à agenda jurídica, política e social do poder público e dos mais diferentes atores da sociedade civil, como etapa indispensável do processo de democratização”²⁴¹.

José Eli da VEIGA indaga que o uso do termo “sustentabilidade” carrega uma série de conceitos sobre os quais não existe, e não deve existir, definição fechada, uma vez que a noção deve ser principiológica e não taxativa. Assim, após inúmeros fóruns e debates acerca do que se pretende alcançar com a ideia de sustentabilidade, tem-se que a expressão deve englobar a perspectiva de harmonia entre as dimensões “social, cultural, ecológica, ambiental”²⁴², territorial, econômica, política nacional e política internacional”²⁴³. Deve englobar, ainda, as noções de viabilidade e desejabilidade, tendo em vista que a mera ideia de continuidade ou durabilidade decorrem de uma banalização e desgaste da expressão “sustentabilidade”²⁴⁴.

Destarte, quando se fala em desenvolvimento, entende-se que a significação material que acompanha o texto normativo deve ser acompanhado de uma conceituação ampla e integrativa, igualmente a qualquer outra atribuição de significado material ao Direito. Por essas razões, quando se fala em flexibilização ou desregulamentação das leis trabalhistas, invocando a bandeira do desenvolvimento econômico, são deixadas de lado diversas outras dimensões que devem

²⁴¹ ALMEIDA, Dean Fabio de. **Direito Socioambiental**: o significado da eficácia e da legitimidade. Curitiba: Juruá, 2006. p. 185.

²⁴² As dimensões ecológicas e ambientais são colocadas uma ao lado da outra, pois inferem, ainda, os objetivos de “1) preservação do potencial da natureza para a produção de produtos renováveis; 2) limitação do uso de recursos não renováveis ; 3) respeito e realce para a capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais.

²⁴³ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Gramond, 2008. p. 171.

²⁴⁴ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Gramond, 2008. p. 188-190

acompanhar a interpretação, de forma que a significação singularista representa um retrocesso do pensamento e do desenvolvimento do Direito.

Nesse sentido, quando se pretende desenvolver uma nova sistemática jurídica com o fim de promover o desenvolvimento econômico, não se pode deixar de lado os preceitos de solidariedade, desenvolvimento social, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano, preservação ambiental, etc., numa perspectiva holística que considere a parte – as relações de trabalho – a partir do todo – o Direito integrado com a realidade na sua totalidade.

Por essas razões, entende-se que o pensamento positivista deve ser superado, para que se considere o conteúdo material no Direito, em uma atitude de recepção de todas as dimensões do conhecimento e da realidade, num caminho exatamente oposto à ideia de depuração jurídica e pureza metodológica. Tarso GENRO preleciona:

“Só a categoria da totalidade, dialeticamente compreendida, pode tirar o jurista da enrascada jusnaturalista e positivista, porque só ela pode ensinar a compreender a ‘natureza’ do homem como produto de muitas e complexas determinações, e a própria norma jurídica como instância de uma dominação já revelada, objetivamente, no processo de expropriação da força de trabalho do produtor”²⁴⁵.

Uma das propostas do presente trabalho é fomentar a noção de sustentabilidade socioeconômica, como preceito material direcionador do pensamento jurídico, possibilitando que haja uma compreensão ampliada do Direito, inclusive no que tange aos critérios de validade – formal e material – e superação das incompletudes do sistema. Nesse sentido, em que pese a quase totalidade dos estudos acerca de sustentabilidade girem em torno do Direito Ambiental, é importante que se enfatize que os “compartimentos” do Direito e a sua subdivisão em áreas específicas não passa de um recorte epistemológico de cunho didático, não significando qualquer espécie de separação real do Direito ou da ciência jurídica.

Desta forma, tem-se que a noção de sustentabilidade trabalhada acima é extremamente acertada, na medida em que integra diversas áreas do conhecimento

²⁴⁵ GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao Direito**: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

humano e todas as esferas da realidade. Assim, não há qualquer incorreção epistemológica ao se trazer os preceitos de sustentabilidade e responsabilidade socioambiental para o Direito do Trabalho. Ao contrário, a noção de meio ambiente do trabalho, sobre a qual já se teve a oportunidade de trabalhar alhures²⁴⁶, é de essencial importância para a formulação de um olhar crítico sobre o Direito Laboral.

A responsabilidade do empregador em relação ao meio ambiente do trabalho, enquanto elemento jurídico, deve ser compreendida com base nos diversos princípios fundamentais já exemplificados supra, bem como na identificação do Direito com os valores materiais do desenvolvimento sustentável, função social da propriedade, dentre outros. Sobre o assunto, preleciona DALLEGRAVE NETO:

“Indubitavelmente, essa imposição de comportamento positivo, ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalho, por meio de um ambiente hígido, salário justo e acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (arts. 1º, 3º, 6º, 7º, 170 e 193, todos da CF)”²⁴⁷.

Destarte, tanto a responsabilidade social do empregador quanto a noção de meio ambiente do trabalho não podem ser limitadas ao pensamento normativista do positivismo, eis que não se encontraria conexão de tais predicados às teorias coativa, legislativa e imperativa do Direito. De tal forma, a desconexão dos valores com o conceito de Direito, excluiria do âmbito jurídico importantes diretrizes encontradas na contemporaneidade em favor do desenvolvimento da sociedade.

Tome-se como exemplo, o conceito legal de meio ambiente, predito pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o qual define-se como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”²⁴⁸. Por certo, tal definição

²⁴⁶ KLOSTER, Marcus Vinicius. **A responsabilidade *praeter legem* do empregador em relação ao meio ambiente do trabalho**. 2009. 103 f. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

²⁴⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Compromisso social da empresa e sustentabilidade – aspectos jurídicos. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 71, tomo I, p. 346-350, mar. 2007.

²⁴⁸ BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. **Lei da Política Nacional do Meio Ambiente**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 ago. 1981. Art. 3º, I.

parece suficientemente ampla, pois engloba não apenas aspectos físicos, mas também dimensões químicas e biológicas que regem a vida.

Contudo, a definição legal, expressa por um texto fechado limita a compreensão da realidade, denotando incompletude do conceito. São excluídas as dimensões sociais e temporais do meio ambiente, sendo que tal relação é de extrema importância para que as relações de trabalho sejam harmonizadas pelo Direito de forma completa, e não parcial. Em outras palavras, considerando que o trabalho é o alicerce central do modo de produção capitalista e dele depende o desenvolvimento socioeconômico, limitar a proteção do meio ambiente do trabalho – exigida pelo art. 200, I da Constituição – às questões físicas químicas e biológicas sem considerar a complexidade das relações sociais dentro do ambiente de trabalho e suas dimensões temporais é, por óbvio, insuficiente para atender ao preceitos fundamentais da ordem social.

Celso Antonio Pacheco FIORILLO entende que a proteção ao meio ambiente do trabalho tem de ser integral em relação às condições físicas e psíquicas do trabalhador, em que pese limitar sua definição à ideia de:

“local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentam (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas ou servidores públicos, autônomos etc.)”²⁴⁹.

Destarte, para que se possa falar em proteção integral ao trabalhador, tomando como fundamento os supracitados princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, valorização do trabalho, justiça social, etc., é necessário que a compreensão da responsabilidade social do empregador e do meio ambiente do trabalho sejam desapegadas da racionalidade formalista informada pelo juspositivismo, Diz-se isto porque sem a integração de valores – conteúdo material – à disciplina jurídica em questão, a proteção restaria limitada a aspectos legais e normativos que se mostram insuficientes para englobar dimensões necessárias à

²⁴⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21.

verdadeira harmonização das relações e atender aos anseios sociais da contemporaneidade.

É por tais razões que se faz necessária uma compreensão holística do Direito, no sentido de olhar para o todo a partir do todo, integrando concepções e valores de diversas esferas da realidade, como única forma de superar as restrições formalistas que permitem a perpetuação das desigualdades e injustiças sociais num mundo capitalista onde o “ter” oblitera o bem estar da coletividade, conforme nos ensina Simone Malucelli PINTO:

“Por isso, a visão ecológica insiste no giro de concepções, valores e ações com vistas a revolver os guardados do modelo oficial vigente e passa a limpo a história, dissipando o cheiro de morte que acompanha a vida. [...] Esse ponto de vista, conseqüentemente, não se circunscreve apenas à preservação das espécies animais e vegetais, ou à luta pela pureza do ar e das águas, encarando os enfrentamentos apresentados como originários de um erro comum: a perda, pelo ser humano, da dimensão essencial do universo, em troca da mitificação do ter a qualquer preço para poder ser”²⁵⁰.

Destarte, dentro dessa visão ampliada e holista do Direito, entende-se que é necessária a instituição de uma nova forma de responsabilidade do empregador em relação ao trabalho. Diferentemente da responsabilidade civil, cuja fonte é a violação de um direito e a geração de um dano, uma responsabilidade voltada para o zelo e a prevenção, visando ao atingimento de objetivos principiológicos fundamentais, superando as meras obrigações legais em prol de uma sustentabilidade socioeconômica²⁵¹.

Faz-se importante destacar o alcance de uma responsabilidade socioambiental – denominada de *praeter legem*²⁵² – em vez de uma simplista noção de responsabilidade civil, tendo em vista as perspectivas de incompletude quantitativa e qualitativa informadas supra. Nesse sentido, quando se fala de uma mera responsabilidade civil, tem-se todo um tratamento jurídico disciplinando a

²⁵⁰ PINTO, Simone Maria Malucelli. Ecomediação Familiar: Espaço singular de provocação do nascimento de cidadania sustentada. 2002. 173 f. Dissertação (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. p. 40.

²⁵¹ KLOSTER, Marcus Vinicius. **A responsabilidade *praeter legem* do empregador em relação ao meio ambiente do trabalho**. 2009. 103 f. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009. p. 46.

²⁵² Alusão à ideia de “costumes *praeter legem*”, assim definidos como aqueles que estão para além da Lei.

matéria, cuja análise foge dos objetivos do presente trabalho, mas que representa uma tentativa do Ordenamento Positivo em possibilitar a ideia de retorno ao *status quo* indene de dano, nas palavras de Silvio RODRIGUES:

“Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrando no Ordenamento Jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de reparar”²⁵³.

Contudo, há que se frisar que o tratamento jurídico positivo encontra limitações em relação à realidade, uma vez que a própria definição de indenização significa o retorno ao *status quo ante*, como se o dano não houvesse ocorrido, sendo que em muitas situações a indenização é impossível, falando-se apenas em reparação parcial. Tome-se como exemplo um dano físico causado a um trabalhador em decorrência de um acidente do trabalho, cuja consequência foi a perda de um dos braços. O Direito positivo prescreve que o empregador deve indenizar o dano, convertendo-se a indenização em reparação pecuniária. Contudo, por mais proporcional que seja o montante pago, o membro jamais será recuperado.

Nesse sentido, entende-se que as perdas irreversíveis, que violam diretamente a dignidade da pessoa humana, estão regidas por um ordenamento positivo que não tem capacidade sequer de promover uma proteção integral. Trata-se de evidente incompletude qualitativa, em que o ordenamento possui normas suficientes para reger a situação, mas seus efeitos materiais não são suficientes para promover a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Não fosse por isso, a mera previsão de sanção jurídica para os casos de violação das prescrições legais, como se definia norma jurídica pela teoria Kelseniana²⁵⁴, não se mostra suficiente a garantir a norma e a obediência aos princípios fundamentais do Direito, eis que a classe patronal parece transgredir frequentemente as prescrições do próprio Direito positivo, como diagnostica

Diana G. P. GOMES:

²⁵³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 13.

²⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 35.

“É fácil concluir, por meio do excesso de ações trabalhistas, o frontal desrespeito não só à legislação ordinária, mas aos princípios e regras fundamentais proclamadas pela Constituição Federal que têm por verdadeiro escopo, resguardar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, sem os quais sabemos que não será possível construir uma sociedade livre, justa e solidária”²⁵⁵.

Por tais razões, entende-se que a noção de responsabilidade do empregador não pode girar exclusivamente em torno de prescrições legais e definições como a responsabilidade civil. Portanto, denomina-se de *praeter legem* a ideia de uma responsabilidade socioambiental, voltada para o bem estar do trabalhador e da coletividade dentro de um meio ambiente saudável e sustentável, sem que haja limitação da atuação pelas meras definições legais.

Abre-se caminho para uma verdadeira ética da responsabilidade, pautada não apenas nas obrigações legais do empregador, mas em uma perspectiva material de melhoria da sociedade através da melhoria das condições de trabalho. Contudo é evidente que tal objetivo encontra forte resistência na ideologia burguesa arraigada ao positivismo jurídico, como denuncia Ricardo ABRAMOVAY, ao citar o discurso do prêmio Nobel de Economia Milton Friedman, quando este afirma que “qualquer companhia voltada a controlar a poluição além do exigido por lei, para contribui com a melhoria do meio ambiente, estaria praticando socialismo puro e simples”²⁵⁶. No mesmo sentido, cita o trabalho do ex-ministro do trabalho do governo Bill Clinton, Robert Reich, quando este “denuncia a noção de responsabilidade social corporativa como uma espécie de cortina de fumaça voltada a reduzir o papel imprescindível que o Estado deve ter na organização social”²⁵⁷.

Fica claro, portanto que a instituição de uma responsabilidade não limitada por meras obrigações legais encontra forte resistência por parte do empresariado. Pelo que há que se esclarecer tal mudança de racionalidade não se pode versar pela ingenuidade, de forma que é evidente que a boa vontade e o interesse social dificilmente serão incentivo à burguesia para que ultrapassem os limites legais.

²⁵⁵ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 93.

²⁵⁶ ABRAMOVAY, Ricardo. Responsabilidade Socioambiental: as empresas no meio ambiente, o meio ambiente nas empresas. In: VEIGA, José Eli da (org.). **Economia socioambiental**. São Paulo: Senac, 2009. p. 337.

²⁵⁷ ABRAMOVAY, Ricardo. Responsabilidade Socioambiental: as empresas no meio ambiente, o meio ambiente nas empresas. In: VEIGA, José Eli da (org.). **Economia socioambiental**. São Paulo: Senac, 2009. p. 337

Contudo, a já mencionada perspectiva holística do Direito que incorpora a visão de sustentabilidade vem acompanhada do primado do desenvolvimento socioeconômico que, por sua vez, engloba o crescimento econômico. Por isso a necessidade de falar na conjugação das dimensões econômicas, sociais, culturais, políticas, ecológicas, ambientais, etc.

Em resumo, deve-se aderir à noção ampliada do Direito, que incorpore valores materiais, dentre os quais situam-se os preceitos fundamentais de justiça social, valorização do trabalho, redução das desigualdades, solidariedade, dignidade da pessoa humana, etc. Assim, o comportamento empresarial deve ser ditado não apenas pelas obrigações legais do Direito positivo, mas por uma verdadeira ética da responsabilidade, ou responsabilidade socioambiental *praeter legem*, que represente uma melhoria das relações sociais como um todo, sem que haja necessidade da coação legislativa através da aplicação de sanções ou a espera pela ocorrência de um conflito, transgressão ou violação de direitos.

Nesse sentido, mais uma vez as fazem-se valer as palavras de Dinaura Pimentel GOMES:

“E aqui se revela a importância do papel da empresa moderna, ao assumir de fato, sua natureza institucional, e coloca-se mais como uma comunidade que congrega empreendedores e empregados não só voltados aos interesses de cada um, mas, principalmente, à satisfação de interesses direcionados à promoção social de toda comunidade que dela depende direta e indiretamente”²⁵⁸.

Por fim, conclui-se que a ideia de superação do juspositivismo deve se pautar por uma libertação do formalismo em direção da integração do Direito a conteúdos materiais, ressaltando-se que nem todo valor pode ser invocado para simplesmente quebrar os limites da Lei. Nesse sentido, a atribuição de valor ao conteúdo legal, a ampliação da noção de Direito e os juízos de validade sobre as normas devem se pautar por uma visão holística da realidade, acolhendo diretrizes dos princípios fundamentais já cristalizados na Constituição, bem como outros valores que primem pela valorização da vida em harmonia, prezando pela melhoria da sociedade como um todo.

²⁵⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 124.

Simbolizando a construção de um novo pensamento, adoram-se as palavras de Simone M. M. PINTO:

“Fala-se do estabelecimento de parâmetros éticos harmonizados às preocupações com a conquista de uma inter-retro-dependência sustentada entre os homens, em cuja base está uma aliança entre o ser humano e seu entorno, a partir da construção de um pacto social amoroso, includente, de responsabilidade para com a qualidade de vida e com o devir”²⁵⁹.

Assim, por exemplo, a construção de uma ideia de responsabilidade socioambiental *praeter legem* do empregador, dentre outras inovações teóricas, devem constituir um novo panorama jurídico, que englobe uma visão ampliada do Direito, permitindo que haja uma verdadeira sustentabilidade socioeconômica integrativa que não se limite a beneficiar um grupo ou classe individualmente considerada, como permitiu o juspositivismo durante tantos anos.

²⁵⁹ PINTO, Simone Maria Malucelli. **Ecomediação Familiar**: Espaço singular de provocação do nascimento de cidadania sustentada. 2002. 173 f. Dissertação (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. p. 46.

5 CONCLUSÕES

O positivismo jurídico, manifestado como método científico, teoria do Direito e ideologia, compõe pano de fundo de todo o pensamento jurídico contemporâneo, ainda que muito se afirme no sentido de que seus ideais já foram superados. O método puro de interpretação e análise do Direito fundamenta-se no primado da pureza, depurando todas as concepções consideradas externas ao direito, como a relação com todas as demais áreas do conhecimento.

O principal efeito metacrônico da incorporação do método juspositivista ao pensamento jurídico em geral e, principalmente à dogmática jurídica, é a continuidade do ideal de separação entre o Direito formal e seu conteúdo material, em especial, as noções de justiça e moral. É de se notar que mesmo após meio século da publicação da Teoria Pura do Direito, grande parte da doutrina continua a almejar o ideal de separação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscido, afastando do método de apreensão qualquer inclinação material de ordem política ou valor.

No mesmo sentido, o positivismo jurídico manifestado como teoria do Direito, apesar de ter sofrido grande avanço ao longo do tempo, estende seus predicados no pensamento jurídico contemporâneo como um pano de fundo paracrônico que foi sorvido pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral, ainda que de forma inconsciente. Roberto FREITAS FILHO descreve como o contexto jurídico vigente ainda é informado por uma postura teórica formalista kelseniana descendente de décadas passadas²⁶⁰.

Assim, verifica-se que a discussão sobre a superação do juspositivismo continua atual, uma vez que seus ideais teóricos, apesar de esteticamente modificados, permanecem vigentes no pensamento jurídico. Compreender o contrário e afirmar que a contenda é descabida seria cair na ilusão de que a filosofia

²⁶⁰ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 40-41

chegou ao fim com a vitória da hegemonia dogmática sobre o pensamento crítico²⁶¹. Na realidade, o positivismo jurídico enquanto teoria, conforme descrito por BOBBIO, deu origem à compreensão geral sobre o Direito que se tem hoje. Nesse sentido, por mais que se possa afirmar que as subteorias juspositivistas avançaram no tempo, seus efeitos permanecem visíveis. Por essa razão, fez-se a escolha pela crítica ao positivismo kelseniano, como origem do problema, e não às teorias mais avançadas, como ponta do *iceberg*.

A teoria coativa do Direito, que o define a partir da estrutura da norma jurídica, como um comando que legitima uma coação para determinada conduta contrária à prescrição²⁶², perde espaço em um panorama jurídico repleto de princípios e políticas que definem direitos ou estatuem diretrizes. Hodiernamente, é consenso na comunidade jurídica que a definição de Direito não se limita às normas dotadas de sanções ou àquelas que regulamentam o exercício de uma coação. Contudo, os resquícios dessa teoria podem ser sentidos em uma perspectiva crítica, quando se verifica que os próprios destinatários das normas, como empregados e empregadores, ignoram os efeitos jurídicos de uma infinidade de normas quando não se estabelece uma coação expressa.

Nem o Poder Judiciário, enquanto força propulsora da violência legítima estatal, nem a comunidade jurídica em geral ou a sociedade leiga parecem voltar sua atenção a casos como o exemplo acima trabalhado e aqui rememorado, em que o dispositivo legal fixa um limite à exigência de horas extras, mas não fixa sanção para a conduta adversa. Destarte, por mais que se afirme que o decisionismo da cúpula do judiciário há muito se desapegou da objetividade da Lei, não se verifica na prática uma postura que reconheça a seriedade da tutela estatal no caso exemplificado. É como se não houvesse Direito que dê importância para o serviço extraordinário prestado aquém ou além do limite.

²⁶¹ COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris / JM livraria, 2011. p. 81-82.

²⁶² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 147.

A chamada teoria legislativa do Direito, que centraliza no Estado a legitimidade para a produção do Direito e garantia da Ordem, tendo a Lei como seu instrumento por excelência²⁶³, jamais foi desvanecida no tempo. A discussão sobre as fontes continua acesa mesmo nas teorias mais avançadas, como no debate entre HART e DWORKIN²⁶⁴. Entretanto, verifica-se que a concepção do Direito como um fenômeno de chancela estatal é senso comum. As bases do Direito Laboral, por exemplo, como ideal positivista de tutela das relações de trabalho pelo Estado²⁶⁵, fundamentam-se na positivação de direitos e garantias aos trabalhadores frente ao poderio econômico do empregador.

Deste modo, a construção teórica juspositivista fundamenta e legitima a construção de um discurso de outorga por parte do Estado, como fonte única do Direito, retirando da classe trabalhadora o seu papel como agente social, reduzindo a sua combatividade através de uma tutela fixa, como se o Direito positivo pusesse fim à questão social²⁶⁶. Por certo, esta é a única face do Direito Laboral como fenômeno definido pela teoria legislativa do Direito, eis que os benefícios legais são certamente avanços no status de proteção do trabalhador, não podendo ser tomados como mero engodo.

Contudo, é importante que se frise que a influência do positivismo sociológico em seu ideal de “ordem e progresso” inspirou o positivismo jurídico, em suas formulações teóricas que serviram para enaltecer o capitalismo burguês numa máquina estatal voltada para a perpetuação do modo de acumulação e, simultaneamente, promovendo a proteção do trabalhador. Quanto a esse ponto, são importantes as palavras de FRAGALE FILHO:

“O Estado desempenhou aqui um papel preponderante, hobbesiano quase, intervindo sempre que necessário ou conveniente, O exemplo mais consistente de tal atitude encontra-se no campo do Direito Social nacional,

²⁶³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 132.

²⁶⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 334.

²⁶⁵ FRAGALE FILHO, Roberto da Silva. **A Aventura Política Positivista**: um projeto republicano de tutela. São Paulo, LTr, 1998. p. 102.

²⁶⁶ LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982. p. 16.

que, redigido pelas penas de Oliveira Viana, Jorge Street e Evaristo de Moraes, foi elaborado sob uma perspectiva, ao mesmo tempo, progressista e autoritária, moderna e conservadora, ou, em uma única palavra: positivista”.

Não se olvide, outrossim, que o juspositivismo como teoria traz os preceitos de completude e coerência do ordenamento, como importantes predicados para os ideais de certeza e segurança jurídica²⁶⁷. É evidente que tais ideais permanecem vívidos no pensamento jurídico contemporâneo, manifestando-se de maneira desinibida nas críticas ao supracitado decisionismo que supostamente eiva a cúpula do judiciário brasileiro. Nesse quadro é que se verifica o dualismo entre uma dogmática intrinsecamente positivista e uma atuação judicial desapegada do formalismo da Lei positiva.

Em que pese muitos afirmem que a incompletude do sistema foi há muito reconhecida pelo judiciário, permitindo que a magistratura utilize-se de critérios não objetivos para decisões como a ponderação de princípios²⁶⁸, o que se verifica no panorama geral do pensamento jurídico, é uma forte preocupação com os ideais de certeza e segurança jurídica, especialmente na estagnação da compreensão do Direito em relação a determinadas falhas do ordenamento. Outrossim, uma racionalidade formalista exacerbada parece ter gerado um pensamento verdadeiramente legalista na dogmática, que, longe de se assemelhar ao decisionismo, limita toda a compreensão do Direito à legislação positiva.

O exemplo trazido, que versa sobre a possibilidade de dispensa do empregado sem justa causa, demonstra de forma clara como o pensamento jurídico em geral continua apegado ao formalismo kelseniano, nos termos diagnosticados por Roberto FREITAS FILHO. Ressalta-se, ainda que não se trata da incompletude, mas de exacerbação legalista do juspositivismo, possibilitando que a compreensão sobre o Direito seja restritiva e insatisfatória.

A questão da completude, como trabalhada nos capítulos anteriores, pode ser tratada pelo viés da ausência de normas – incompletude quantitativa – ou pelo

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 273-274.

²⁶⁸ LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. 2008. Disponível em < <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/> > Acesso em 18 set. 2008.

viés da insuficiência do conteúdo da norma para alcançar determinado preceito material – incompletude qualitativa, ou lacunas ideológicas, nas palavras de BOBBIO²⁶⁹. A ideologia positivista, como postura política de encarar o Direito, induziu grande parte da doutrina e da comunidade jurídica em geral a ignorar a importância da incompletude qualitativa do Direito, eis que sua constatação e análise requer a adoção de valores materiais como parâmetro, o que foi negado desde o início pelo positivismo jurídico enquanto método. O mesmo pode ser dito em relação à coerência do ordenamento, cuja análise pela teoria e pelo método juspositivista ficaria adstrita a questões formais.

Destarte, verifica-se uma relação intrínseca indissociável entre o juspositivismo enquanto teoria do Direito, método científico e, inevitavelmente, como ideologia. Esta, representando verdadeiro posicionamento volitivo em relação ao Direito, representa uma manifestação oculta nos predicados teóricos de neutralidade científica, mistificando o conteúdo do Direito e o Estado como intangíveis pelo conhecimento jurídico²⁷⁰. Tal manifestação corroborou a perpetuação da dominação capitalista sobre a classe trabalhadora, uma vez que o Direito positivo é verdadeiramente um direito burguês²⁷¹. Porém, suas reais motivações políticas foram depuradas do pensamento jurídico através da ideologia juspositivista.

BOBBIO menciona que uma das principais manifestações da ideologia do positivismo jurídico é a ideia de obediência incondicional à lei enquanto tal²⁷². Esta concepção certamente repercute na atualidade e gera inúmeros efeitos metacrônicos no pensamento contemporâneo. A ideia do Direito laboral como graça da tutela estatal, é exemplar revelação da sujeição da sociedade ao Direito capitalista, numa perspectiva juspositivista que confere com todos os preceitos

²⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 281.

²⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 34

²⁷¹ GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao Direito**: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 22.

²⁷² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 225

teóricos já mencionados, mas que promove uma política de ocultação das reais intenções de manutenção do *status quo*²⁷³.

No mesmo sentido, a intangibilidade do Direito positivo e o afastamento entre sua concepção e os conteúdos materiais permitem a ocorrência de um ordenamento eminentemente injusto²⁷⁴, ou insuficientemente justo. O panorama jurídico contemporâneo contempla a cristalização de valores na Constituição, como os preceitos de justiça e a busca pela redução das desigualdades sociais. Portanto, para que se possa superar o juspositivismo, enquanto doutrina dominante inclusive na contemporaneidade, é necessário que haja uma reaproximação da concepção de Direito aos valores materiais.

Conforme foi aventado supra, a concepção juspositivista de método científico e de teoria do Direito, permeadas por uma ideologia intrínseca, ocasionou que os únicos avanços na proteção do trabalhador frente à exploração capitalista fossem perpetrados pela positivação dos direitos em uma tutela estatal. Também foi permitido que um discurso ideológico protetivo fosse invocado de forma a reduzir a energia combativa da classe trabalhadora. Contudo, a redução das desigualdades não ocorreu, o fim da exploração capitalista não foi instrumentalizado pelo Direito positivo, como descreve FRAGALE FILHO: “é possível afirmar que a verdadeira incorporação proletária ainda está por se fazer. No imaginário nacional, por mais que se vislumbre um ideal democrático, oriundo do lento processo de transição, o olhar ainda é positivista e a cultura, de tutela”²⁷⁵.

Por outro lado, os anseios e valores sociais informam que o Direito deve caminhar para um desenvolvimento sustentável, que englobe não apenas o crescimento econômico da classe empresarial, mas diversos objetivos inerentes à própria função do Direito. No Brasil, a Constituição da República define como fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os

²⁷³ LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982. p. 12.

²⁷⁴ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p. 200.

²⁷⁵ FRAGALE FILHO, Roberto da Silva. *A Aventura Política Positivista: um projeto republicano de tutela*. São Paulo, LTr, 1998. p. 100.

valores sociais do trabalho. Estabelece objetivos fundamentais as perspectivas de construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Fundamenta a ordem econômica na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa nos ditames sociais, indicando como um de seus princípios a função social da propriedade.

Tais apontamentos certamente remetem a valores, não sendo, entretanto, objetivo do presente trabalho adentrar à questão da hermenêutica e da definição de sentido para o texto em questão. Porém fica clara a necessidade de uma compreensão ampliada do direito, que integre conteúdo material suficiente para que se atendam aos preceitos supracitados. Nesse sentido, é essencial que haja uma reaproximação do Direito com as demais áreas do conhecimento, como a economia, a política, a ética, a ecologia, a sociologia, etc.

Contudo é importante que se ressalve que a mera transposição da limitação formalista não pode ser fundamentada em qualquer premissa material isoladamente considerada. Verifica-se que os movimentos de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho invocam categorias de ordem econômica, como a urgência pela competitividade e a redução do desemprego, enaltecendo uma política ideológica burguesa e individualista, descompromissada com o bem estar do trabalhador e, portanto, da sociedade como um todo²⁷⁶.

É essencial que haja um pensamento holístico sobre o Direito, com a consideração de seus valores e diretrizes materiais como um todo que permeia a sociedade. Tal perspectiva não é argumento avulso que se projeta sobre um infundado repúdio ao formalismo normativista. A reaproximação do Direito aos valores materiais e incorporação de preceitos de outras áreas do conhecimento, como a ecologia, informa diversos outros aspectos que devem integrar a compreensão do Direito em uma perspectiva ampliada.

Ao mencionar diversos princípios e políticas já consolidadas na Carta Constitucional, verifica-se que existe uma implícita busca por desenvolvimento

²⁷⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Direito do Trabalho no século XX**: ensaios mensagens perfis. Curitiba: Genesis, 1998. p.69.

socioeconômico sustentável, o que não tem sido frequentemente trabalhado como categoria do Direito Positivo do Trabalho. Entretanto, estudos de Direito ambiental, como o de José Eli da VEIGA informam que sustentabilidade compreende o desenvolvimento no sentido econômico, social, cultural, ecológico, ambiental, territorial e político²⁷⁷. Assim, é de notória relevância que o Direito incorpore tais concepções, como única forma de alcançar os objetivos e cumprir as diretrizes materiais ditadas pela Constituição.

Enfim, os argumentos contrários ao positivismo jurídicos, que variam desde a inclusão de políticas e princípios à concepção de Direito, como em DWORKIN²⁷⁸, ou a ideia de que todo ordenamento jurídico deve se pautar por uma pretensão de correção, como em ALEXY²⁷⁹, podem todos conformar uma compreensão ampliada do Direito, que supere o juspositivismo kelseniano, tendo em vista que este permanece como pano de fundo paracônico de todo o pensamento jurídico contemporâneo. A reaproximação do Direito aos valores materiais em uma perspectiva holística, como a incorporação da noção de justiça social, é fundamental para que se promova o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Por certo, não se pretende apresentar uma solução final para que a exploração da classe trabalhadora pela classe empresarial seja milagrosamente extinta, mas apenas fomentar uma reflexão para que a compreensão de todo o Direito, desvincilhada da ideologia juspositivista, possa caminhar para uma sociedade mais solidária, fundada na dignidade da pessoa humana, na valorização do trabalho, na perspectiva de redução das desigualdades sociais, etc.

²⁷⁷ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Gramond, 2008. p. 171.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

²⁷⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 109.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Dean Fabio de. **Direito Socioambiental**: o significado da eficácia e da legitimidade. Curitiba: Juruá, 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 444.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de (Org.). RAMOS, Alexandre Luis (Org.). **Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998.

ASSIS, Vivian Alves de. **A dimensão mítica da pureza metodológica em Kelsen**: uma leitura a partir da proposta transurrealista de Luis Alberto Warat. 2008. 94 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1993.

CELLA, José Renato Gaziero. **Positivismo jurídico no século XIX**: relações entre Direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em <<http://cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>> Acesso em 15 ago. 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris / JM livraria, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1983.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**: ordem e progresso. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do Trabalho e a Análise Econômica do Direito. **Revista da Amatra VI**, Recife, v. 11, n. 30, p. 3-6, abr. 2008.

COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. *In*: **Revista Bonijuris**. V. 13, nº 452. Curitiba: Bonijuris, jul. 2001. p. 5-7.

CZERNA, Renato Cirell. **O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Compromisso social da empresa e sustentabilidade – aspectos jurídicos. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 71, tomo I, p. 346-350, mar. 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne. **Dicionário de obras políticas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 29.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. A Teoria Pura do Direito: um olhar a partir da categoria literária da narrativa fundadora. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI. XVIII. 2009. Maringá. **Anais...** Maringá. Disponível em < http://www.conpedi.org.br/anais/36/10_1787.pdf >. Acesso em: 25 mar. 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRAGALE FILHO, Roberto da Silva. **A Aventura Política Positivista**: um projeto republicano de tutela. São Paulo, LTr, 1998.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao Direito**: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Transformação da economia e a valorização do trabalho humano: aspectos da necessária observância do Direito Internacional à luz

da Constituição Federal. *In*: MENEZES, Wagner. **Estudos de Direito Internacional: Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**, 2008, Curitiba: Juruá.

GONÇALVES, Jair. **Herança Jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUTBERLET, Jutta. **Desenvolvimento desigual: impasse para a sustentabilidade**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSON, Roland. **Desemprego & Desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006.

JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de Filosofia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Flexibilização das normas Trabalhistas e os Novos Desafios do Sindicalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2005.

LINS, Ivan Monteiro de Barros. **História do positivismo no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. **Flexibilização da CLT**: na perspectiva dos limites da negociação coletiva. Curitiba: Juruá, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NASSIF, Eliane Noronha. **Fundamentos da Flexibilização**: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

PINTO, Simone Maria Malucelli. **Ecomediação Familiar**: Espaço singular de provocação do nascimento de cidadania sustentada. 2002. 173 f. Dissertação (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ. Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Marcelo Oliveira (Org.). **Flexibilização do Direito do Trabalho**: negociado e legislado. Campinas: LZN, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do Direito**. 2011. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Novos temas de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Direito do Trabalho no século XX: ensaios mensagens perfis**. Curitiba: Genesis, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador No Direito Brasileiro**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

SACHS, Ignacy. VIEIRA, Paulo Freire (org.). **Rumo à Ecosocioeconomia: Teoria e prática do desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUZA, Sérgio Alberto. **Direito, Globalização e Barbárie**: estudos críticos de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos sob a ótica de uma leitura não-liberal. São Paulo: LTr, 1998.

VEIGA, José Eli da (org.). **Economia socioambiental**. São Paulo: Senac, 2009.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Gramond, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho: a lei de contrato a prazo no Brasil como instrumento de combate ao desemprego**. Curitiba: Juruá, 2002.

VILLATORE, Marco Antônio César (coord.); HASSON, Roland (coord.); ALMEIDA, Ronald Silka de (org.). **Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois: Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **A definição Jurídica**: suas técnicas. Porto Alegre: Atrium, 1977.

WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WARAT, Luis Alberto. **Os quadrinhos puros do Direito**. Buenos Aires: ALMED.

WARAT, Luis Alberto. ROCHA, Leonel. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luiz Alberto. **A Pureza do Poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WEBBER, Max. **Economia e sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Editora UnB, 2004.

WEBBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.